







مجلة علمية محكمة

العدد الحادي عشر ○ شعبان ١٤٣٩هـ ○ أبريل ٢٠١٨م



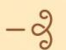


الائتمان في الأوراق التجارية
د. عبدالله بن إبراهيم الخضيري



العوض في فسخ النكاح في النظام السعودي -دراسة تأصيلية تطبيقية-
د. مساعد بن حمد بن عبدالله الشريدي





إخفاء الشهود خوفاً على الشاهد
د. محمد بن عليان المشرافي المطيري

المستحدث في الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية وفقاً لأنظمة المملكة العربية السعودية -دراسة قانونية تحليلية-
د. أحمد بن عبدالرحمن المجالي



أوجه تسريع التقاضي في نظام المرافعات الشرعية السعودي ولائحته التنفيذية
د. خالد بن عبدالعزيز بن سليمان آل سليمان







عبء الإثبات في دعوى تضمين المضارب وتطبيقاته القضائية
د. مساعد بن عبدالله بن حمد الحقيل





مجلة

قضاء

العدد الحادي عشر - شعبان ١٤٣٩هـ

الائتمان في الأوراق التجارية

د.عبدالله بن إبراهيم الخضيري

العِوَض في فسخ النكاح في النظام السعودي دراسة تأصيلية تطبيقية

د. مساعد بن حمد عبد الله الشريدي

إخفاء الشهود خوفًا على الشاهد

د. محمد بن عليان المشرافي المطيري

المستحدث في الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية وفقًا لأنظمة المملكة العربية السعودية دراسة قانونية تحليلية

د. أحمد عبد الرحمن المجالي

أوجه تسريع التقاضي في نظام المرافعات الشرعية السعودي ولائحته التنفيذية

د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آ ل سليمان

عبء الإثبات في دعوى تضمين المضارب وتطبيقاته القضائية

د. مساعد بن عبدالله بن حمد الحقيل





هيئة التحرير





محتويات العدد

الائتمان في الأوراق التجارية ٩

د.عبدالله بن إبراهيم الخضيري

العِوَض في فسخ النكاح في النظام السعودي دراسة تأصيلية تطبيقية ٧٥

د. مساعد بن حمد عبد الله الشريدي

إخفاء الشهود خوفًا على الشاهد ١٦٧

د. محمد بن عليان المشرافي المطيري

المستحدث في الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية وفقًا لأنظمة المملكة العربية السعودية -دراسة قانونية تحليلية ٢١٣

د. أحمد عبد الرحمن المجالي

أوجه تسريع التقاضي في نظام المرافعات الشرعية السعودي ولائحته التنفيذية ٢٧٥

د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان

عبء الإثبات في دعوى تضمين المضارب وتطبيقاته القضائية ٣٩٠

د. مساعد بن عبدالله بن حمد الحقيل





ضوابط النشر في مجلة قضاء

1) أن يكون البحث لم يسبق نشره.

2) أن يكون البحث فيما يخدم مجال القضاء.

3) أن يتصف البحث بالجدة والأصالة.

4) إذا كان البحث تحقيقاً لمخطوط، فيذكر الباحث ما يفيد قيمته العلمية وأنه لم يسبق تحقيقه.

5) أن يلتزم الباحث بالمنهجية العلمية لكتابة البحوث وتحقيق المخطوطات.

6) ألا يتجاوز عدد الصفحات (50 صفحة)، ولهيئة التحرير الاستثناء من ذلك.

7) أن يرفق الباحث ملخصاً للبحث باللغتين (العربية والإنجليزية) بما لا يزيد عن مائتي كلمة.

8) أن يرفق الباحث نسخة من البحث على قرص مدمج (CD) يحتوي على البحث بكامله بصيغة (word)، عند إجازته للنشر.

9) أن يكون خط الأصل (18) وخط الهامش (14)، ونوع الخط (TraditionalArabic).

10) للمجلة الحق في نشر البحث على الموقع الإلكتروني للجمعية بعد إجازته للنشر.

11) ترسل البحوث عبر البريد الإلكتروني للمجلة **mag@qadha.org.sa** بصيغتي (word) و (PDF).

12) لا يحق للباحث نشر البحث قبل مضي ستة أشهر من تاريخ نشره في المجلة.


0538999887 0112584996 0112584701

info@qadha.org.sa qdha qadha.ksa





كلمة رئيس التحرير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين.. أما بعد:

ففي خضم التطور والتطوير الذي تشهده هذه البلاد المباركة في شتى المجالات العلمية والعملية، والعناية بالقضاء في كافة مجالاته، وما يصحبه من تغييرات نظامية، وتعديلات قضائية، كان لزامًا على الباحثين والمختصين مواكبة ذلك بالبحث والدراسة، ولا سيما أنّ أحد أهداف التعليم العالي إنتاج البحث العلمي والمعرفة ونشرهما وتوظيفهما.

ولما كانت جمعية قضاء مستشعرةً المسؤولية حيال ذلك الأمر؛ كان من برامجها تهيئة المنبر العلمي، الذي من خلاله تتلاقى الأفكار والمعارف والدراسات القضائية، وفق قواعد علمية في كتابة البحوث العلمية، وتحكيمها ومراجعتها من قبل المتخصصين.

وهذا المنبر العلمي، والمنهل القضائي، يأتي في عدده الحادي عشر؛ الذي آمل أن يضيف للمكتبة العلمية، ما حبره الباحثون في الدراسات القضائية.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين..

رئيس تحرير مجلة قضاء

أ.د عبد الله بن محمد العمراني





بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ





الائتمان في الأوراق التجارية

إعداد

د.عبدالله بن إبراهيم الخضيري

القاضي بمحكمة التنفيذ بالرياض



مقدمة

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على خير الأمم النبي العلم محمد بن عبد الله صلى الله وسلم وبارك عليه وعلى آله وأصحابه أجمعين، أما بعد

فإن التعاملات التجارية في هذا الزمن قد اتسع مداها وتعددت أطرافها ومجالاتها وتنوعت طرائقها ونظمها، وتميزت بالسرعة والمرونة مقارنة بما مضى من أزمان غابرة.

وإن من أسسها وركائزها: الائتمان والتمويل، ومن صوره ووسائله: الأوراق التجارية التي حصرها المنظم بالشيك، والكمبيالة، والسند لأمر، حتى صار الإقراض والاقتراض لا ينفك عنها بل تعدى ذلك إلى العقود والالتزامات الأخرى غير التمويلية فصارت هذه الأوراق وسيلة للائتمان والضمان فيها.

وبعد إنشاء قضاء التنفيذ في المملكة غلب على السندات المقدمة إليه - لتنفيذها جبرًا - الأوراق التجارية، حتى وصل عددها في بعض الاحصاءات إلى ٧٠ ٪ من السندات المقدمة لمحاكم التنفيذ؛ ولما تشتمل عليه استخداماتها من مخالفات شرعية ونظامية قد تخل بصحتها فتبطلها وتمنع من تنفيذها فقد جاء هذا البحث؛ لبيان حكم هذه الاستخدامات، وأثرها على تنفيذ الأوراق التجارية، وقد اشتمل على المباحث التالية:

المبحث الأول: حقيقة الائتمان، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الائتمان لغة.

المطلب الثاني: تعريف الائتمان اصطلاحًا.

المطلب الثالث: أنواع الائتمان.

المبحث الثاني: تعريف الأوراق التجارية.

المبحث الثالث: النظام الواجب التطبيق في الأوراق التجارية.

المبحث الرابع: صلة الائتمان بالأوراق التجارية.

المبحث الخامس: صور استخدام الأوراق التجارية للائتمان.

المبحث السادس: المخالفات الشرعية والنظامية في استخدام الأوراق التجارية للائتمان: وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: حكم استخدام الأوراق التجارية على سبيل الائتمان والضمان في سائر العقود

المطلب الثاني: حكم استخدام الشيك على سبيل الائتمان والضمان في سائر العقود

المطلب الثالث: حكم استخدام الأوراق التجارية على سبيل الائتمان في عقود التمويل

المطلب الرابع: حكم استخدام الأوراق التجارية على سبيل الائتمان في عقود العمل

المطلب الخامس: حكم استخدام الأوراق التجارية على سبيل الائتمان في عقود المقاولات والإجارة لمدة طويلة.

المطلب السادس: حكم استخدام الأوراق التجارية - شرطًا جزائيًا - في العقود والديون.

المبحث السابع: الاختصاص القضائي في نظر المنازعات الناشئة عن استخدام الأوراق التجارية للائتمان.

المبحث الثامن: أثر الاستخدام المخالف للأوراق التجارية في تنفيذها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر الاستخدام المخالف للنظام في الأوراق التجارية على تنفيذها.

المطلب الثاني: أثر استخدام الشيك كأداة ائتمان على تنفيذه.

المطلب الثالث: أثر المخالفة الشرعية في الأوراق التجارية على تنفيذها.

الخاتمة.

ثبت المصادر والمراجع.

فهرس الموضوعات.

وإني لأسأل الله عَزَّوَجَلَّ أن ينفع بهذا البحث قارئه، وكاتبه، وأن يجعله عملًا خالصًا لوجهه الكريم، والله أعلى، وأعلم، وأحكم.



المبحث الأول
حقيقة الائتمان

المطلب الأول: تعريف الائتمان لغة:

الِائْتِمان: اسم، والمصدر: اِئْتَمَنَ، والفعل منه: اِئتمنَ، يقال: ائتمنَ يأتمن، ائتمانًا، فهو مؤتمِن، والمفعول مؤتمَن، وأَرَادَ ائْتِمَانَهُ عَلَى مَالِهِ أي: اِتَّخَاذَهُ أَمِينًا عَلَيْهِ، فِائْتِمَانُ الرَّجُلِ: عَدُّهُ أَمِينًا، إذا وضع فيه ثقته، ومؤتمن القوم: الذي يثقون إليه، ويتخذونه أمينا حافظا، تقول اؤتمن الرجل فهو مؤتمن، وأصلها (أمن) من الأمانة ضد الخيانة[١]، وفي الحديث: «أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ وَلاَ تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»[٢].

المطلب الثاني: تعريف الائتمان اصطلاحًا.

يعرف الاقتصاديون الائتمان بأنه: عملية مبادلة قيمة حاضرة أو عاجلة بقيمة آجلة مساوية لها مضافا إليها مبلغ آخر يسمى الفائدة، كتقديم سلعة أو خدمة أو نقود في الحال مقابل الحصول على أخرى[٣]، أو هو: "منح المدين أجلا للوفاء

---

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (١٣/ ٢٢)، ومعجم مقاييس اللغة، لابن فارس (١/ ١٣٣)، ومعجم المعاني الجامع على الرابط: https://www.almaany.com

(٢) أخرجه أبوداوود في سننه (٣/ ٢٩٠، برقم ٣٥٣٤)، والترمذي في سننه (٣/ ٥٦٤، برقم ١٢٦٤)، وقال: حديث حسن غريب، وصححه الحاكم في المستدرك على شرط مسلم (٢/ ٥٣، برقم ٢٢٩٦).

(٣) ينظر: موسوعة المصطلحات الاقتصادية (٢)، محمد حسن يوسف، على الرابط:
ومعجم المعاني الجامع، على الرابط:http /:/www.saaid.net/Doat/hasn/159.htm
والائتمان في الاقتصاد على الرابط:https /:/www.almaany.com
Read More at :https://accdiscussion.com/acc.١٥٩٦٨html

بديونه بوسيلة ضمان "[١]، وقيل: "أن توجد للشخص قدرة مالية تزيد عن ممتلكاته وحقوقه عن طريق التعامل بالآجل[٢]، والائتمان يعني بمفهومه العام: الثقة؛ فهو ترجمة لـ " Credit " بالإنجليزية، وتعني: الثقة، أو وضع الثقة[٣].

فهو قائم على أساس الثقة والأمانة من الطرف الحاصل عليه ويستوجب مرور فترة من الزمن بين وقت التسليم والتسلم أو الإقراض والتسديد؛ ولذلك فالأقرب في بيان حقيقته أنه: "الثقة التي يوليها البنك أو الممول لعميلة طبيعيًا كان أو اعتباريًا - بوضع مبلغ معين مـن المال تحت تصرفه أو بكفالته إياه لدى آخر لاستخدامه في غرض محدد يتفق عليه بين الطرفين خلال فترة زمنية معينة ويتم السداد بشروط معينة مقابل عائد مادي متفق عليه"[٤].

وبهذا يتبين أن طرفا عملية الائتمان، هما: مانح الائتمان، ويسمى: المقرض أو الدائن، ومتلقي الائتمان، ويسمى: بالمدين أو المقترض[٥].

ويظهر - مما تقدم - وجود اختلاف في المعنى بين الائتمان هنا، والضمان عند الفقهاء، والذي يقصد به: شغل ذمة أخرى بالحق، أو ضم ذمة الضامن إلى ذمة

---

(١) دراسات في اجتهادات القضاء التجاري في مادة الأوراق التجارية (دراسة مقارنة بالمغرب)، د.احمد كويسي، ومحمد الهيني، ص (٧-٩).

(٢) الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية الواقية، عبد الرحمن السيد قرمان، ص (١٥).

(٣) ينظر: الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، بسام الطراونة وباسم ملحم، ص (٣٠).

(٤) المصدر السابق.

(٥) ينظر: بحث (بطاقات الائتمان) ضمن أبحاث المجمع الفقهي في الدورة الخامسة عشرة ٦-١١/ ٣/ ٢٠٠٤م بمسقط (سلطنة عُمان)، لوهبة الزحيلي، ص (٢)، وبحث (التحليل الائتماني ودوره في ترشيد عمليات الإقراض المصرفي)، لكل من د عبد العزيز الدغيم، ود ماهر الأمين، وإيمان انجرو، في مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية المجلد (٢٨) العدد (٣، ٢٠06).



المضمون عنه في التزام الحق حالًا أو مآلًا[١].

ولعل تسمية الائتمان في الأوراق التجارية ضمانًا - عند الاقتصاديين والقانونيين - إنما هو من باب التجوز؛ لوجود معنى الالتزام والثقة في كل منهما وهو أحد معاني الضمان في اللغة إذ هو في الأصل مشتق من الضِّمن، وهو جعل الشيء في شيء يحويه، ومن ذلك قولهم: ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه، والكفالة تسمى ضمانًا من هذا الباب؛ لأنه إذا ضمنه استوعب ذمته، ثم يرد الضمان في اللغة لمعانٍ منها[٢]: الالتزام، تقول: ضمنت المال إذا التزمته، كما أن الضمان من عقود التوثقة، والائتمان يراد به التوثق والاحتياط للحقوق والالتزامات أيضًا، فيكون تسمية الائتمان ضمانًا - عند الاقتصاديين - داخل في المعنى العام للضمان.

---

(١) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٥/ ٩٦)، وروضة الطالبين، للنووي (٤/ ٢٤٠)، والحاوي الكبير، للماوردي (٦/ ٤٣٠)، والإنصاف، للمرداوي (٥/ ١٨٩)، والمبدع، لابن مفلح (٤/ ٢٤٨).

(٢) ينظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (٣/ ٣٧٢)، مادة (ضمن)، ولسان العرب، لابن منظور (١٣/ ٢٥٧).

المطلب الثالث: أنواع الائتمان.

تتعدد صور الائتمان وأنواعه، باعتبارات مختلفة[1]، هي:

١-بحسب الغرض منه، فينقسم إلى:

أ-ائتمان استثماري:

وهو طويل الأجل غالبًا، وتمثل السندات الأداة المناسبة للحصول عليه، وتلجأ إليه المؤسسات عادة من أجل توفير احتياجاتها من رؤوس أموال ثابتة (أراضي، منشآت..الخ).

ب-ائتمان تجاري:

وهو قصير الأجل عادة، وتلجأ إليه المؤسسات بغرض تمويل جزء من رأسمالها العامل او الجاري (أجور عمال، مشتريات من المواد الأولية...)، وهو الذي يزاوله التجار فيما بينهم بيعا وشراء، ويمنح عادة من قبل الشركة إلى شركات أخرى أو زبائن منتظمين، فالمــورد - مثلًا - يمنح ائتمان لتاجر المصنع ليقوم بتشغيل الخامات وتحويلها لمنتج نهائي ثم بيعها وتحصيل قيمتها تمهيدا لسداد ما

---

(١) ينظر: موسوعة المصطلحات الاقتصادية (٢)، محمد حسن يوسف مدير بنك الاستثمار القومي، في موقع صيد الفوائد على الرابط:

http://www.saaid.net/Doat/hasn/159.htm

ومعجم المعاني الجامع ، على الرابط:

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-r/%D8%A7%D8%A6%D8%AA%D9%85%D8%A7%D9%86/

والائتمان في الاقتصاد، على الرابط: Read More at: https://accdiscussion.com/acc15968.html،

وبحث (التحليل الائتماني ودوره في ترشيد عمليات الإقراض المصرفي)، لكل من د عبد العزيز الدغيم، ود ماهر الأمين، وإيمان انجرو، في مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية المجلد (٢٨) العدد (٣، 0062).



عليه للمورد مـن التزامات، وتمثل الكمبيالات والسندات الأذنية الأداة المناسبة لتداوله.

ج-ائتمان استهلاكي:

وهو متوسط الأجل عادة، بغرض تمويل احتياجات الأفراد من السلع المعمرة (الاستهلاكية، ثلاجات، سيارات، ...الخ).

٢-بحسب أجله ومدته: فينقسم إلى: ائتمان طويل، وقصير، ومتوسط الأجل، كما تقدم بيانه.

٣-بحسب شخصية متلقي الائتمان، فينقسم إلى:

ائتمان خاص: يعقده أشخاص القانون الخاص، مثل: الأفراد الطبيعيين، والشخصيات الاعتبارية الخاصة كالشركات والمؤسسات الخاصة، وائتمان عام: وهو ما تعقده الدولة، والجهات العامة.

٤-بحسب ضمان الدين: فيتقسم هذا الائتمان إلى:

ائتمان شخصي: لا يقدم المدين فيه اي ضمانات لتسديد دينه، ويكتفي الدائن بالوعد الذي أخذه المدين على عاتقه بإبراء ذمته في الأجل المحدد، وبثقته في تنفيذ هذا الوعد مستندا إلى شخصية المدين (حسن سمعته ومتانة مركزه المالي)، وائتمان عيني: يقدم المدين فيه ضمانا عينيا لتسديد دينه، وتكون قيمة الضمان -عادة- أكبر من قيمة القرض، وهذا في حالة الصفقات الكبيرة أو ذات المخاطرة.

٥-بحسب جهة منح الائتمان: فينقسم إلى:

أ/ الائتمان المصرفي: وهو الذي تزاوله البنوك كوسيط مالي بين المدخرين والمستثمرين، فتوفر البنوك التمويل اللازم للعملاء عن طريق منح القروض أو

تمكينهم من السحب على المكشوف، كما تقوم بإقراض الحكومة من خلال شراء الأوراق المالية الحكومية، وحينما تزيد البنوك إقراضها، فهذا يؤدي - أيضًا - لزيادة ودائعها، ولا يلزم البنوك امتلاك ما تقرضه، بخلاف غيرها من المقرضين.

ب/ الائتمان العادي: وهو الذي يزاوله الممولون من أفراد أو شركات تمويل، ويشترط حصولهم على التراخيص اللازمة لذلك، ويخضعون في المملكة لنظام مراقبة شركات التمويل[١].

---

(١) ينظر: المصادر السابقة



المبحث الثاني
تعريف الأوراق التجارية

لم يحدد نظام الأوراق التجارية - الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٧ في ١١/ ١٠/ ١٣٨٣هـ - تعريفًا للأوراق التجارية رغم إشارته لخصائصها؛ شأنه في ذلك شأن معظم الأنظمة الأخرى، إلا أنه يمكن تعريفها - نظرًا لخصائصها - بأنها: "سندات أو صكوك مكتوبة قابلة للتداول بالتظهير أو التسليم تمثل حقا نقديا مستحق الدفع بمجرد الاطلاع أو بعد أجل قصير، ويجري العرف على قبولها أداة وفاء تقوم مقام النقود"(١).

وقد ورد تعريفها في المذكرة التفسيرية للنظام بأنها: "محررات شكلية تتطلب لصحتها بيانات حددها النظام قابلة للتداول بالطرق التجارية تمثل حقا شخصيا موضوعه: مبلغ من النقود واجب الدفع في وقت معين، أو قابل للتعيين ويسهل تحويلها فورا إلى نقود بخصمها لدى البنوك وباستعمالها في تسوية الديون"، ثم استقرت اللجنة القانونية على تعريفها بأنها: "محررات أو صكوك شكلية تتضمن بيانات تكفل النظام تحديدها تحديدًا دقيقًا ورتب على عدم توافرها فقدان الورقة

---

(١) ينظر: الأوراق التجارية في النظام السعودي، د عبد الله العمران، ص (١٠)، والأوراق التجارية والعمليات المصرفية، بسام الطراونة وباسم ملحم، ص (٢٨)، والأوراق التجارية في النظام السعودي، د زينب سلامة، ص (٣)، والأوراق التجارية، د علي جمال عوض، ص (٥)، ودراسات في اجتهادات القضاء التجاري في مادة الأوراق التجارية (دراسة مقارنة بالمغرب)، د.احمد كويسي، ومحمد الهيني، ص (١٠-١١).

أو الصك لهذه الصفة وتحويلها عندئذ إلى سند عادي يخضع للقواعد العامة وليس للقواعد التي جاء بها نظام الأوراق التجارية"(١).

وقد حدد النظام الأوراق التجارية بثلاثة أوراق، هي:

١- **الكمبيالة**، وهي: (صك محرر وفقا لشكل قانوني محدد، يتضمن أمرا صادرا من شخص يسمى الساحب موجها إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا معينا من النقود لدى الاطلاع أو في تاريخ معين أو قابل للتعيين لأمر شخص ثالث يسمى المستفيد)(٢).

٢- **السند لأمر**، وهو: (صك يتعهد بموجبه محرره بأن يقوم بدفع مبلغ معين من النقود في تاريخ معين أو قابل للتعيين أو بمجرد الاطلاع ،إلى شخص آخر يسمى المستفيد)(٣).

---

(١) الأوراق التجارية في النظام السعودي، د زينب السيد سلامة، ص (٩).

(٢) ينظر: الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، د سعيد يحيى، ص (٥) وما بعدها، والأوراق التجارية، د عبد الله العمران، ص (١٠)، والمعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة المالية الإسلامية (أيوفي)، ص (٤٤١)، ومن التعريف يظهر أن أطراف الكمبيالة ثلاثة: (١) الساحب: وهو الشخص الذي يحرر الكمبيالة وينشئها وغالبا ما يكون دائنا للمسحوب عليه بمبلغ من النقود مستحق الوفاء في ميعاد الاستحقاق المذكور في الكمبيالة (٢) المسحوب عليه: وهو الذي يوجه إليه الساحب الأمر بدفع المبلغ المدون في الكمبيالة (٣) المستفيد: وهو من يتسلم المبلغ وقد يكون والساحب شخصًا واحدا.

(٣) فالسند يتضمن طرفين: (١) المدين: وهو الذي تعهد بدفع المبلغ المحرر في تاريخ معين (٢) الدائن: وهو حامل السند الذي يستحق المبلغ، ينظر: المصادر السابقة.



٣- **الشيك**، وهو: (صك يتعهد بموجبه محرره بأن يقوم بدفع مبلغ معين في تاريخ معين أو قابل للتعيين، أو بمجرد الاطلاع إلى شخص آخر يسمى المستفيد)(١).

وكان قد نشأ خلاف في تحديد مفهوم الأوراق التجارية نتيجة الاختلاف الحاصل في تعريف هذه الأوراق حتى إن بعض فقهاء القانون لم يدخل الشيك ضمن الأوراق التجارية؛ لأن هذه الأوراق ليست أداة ائتمان، وإنما هي أداة وفاء؛ كما أنها لا تعتبر عملا تجاريًا بطبيعته، وعلى نقيض هذا الاتجاه ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار أن جميع الأوراق التي تتضمن شرط الأمر والتي تقبل التداول بالطرق التجارية أوراقا تجارية، سواء نصت هذه الأوراق على تأدية مبلغ من المال أو على تسليم كمية من المثليات(٢).

فوجود الفوارق بين الشيك - من جهة - وبين الكمبيالة والسند لأمر - من جهة أخرى - حدا بمعظم فقهاء القانون إلى التردد في إدخال الشيك ضمن الأوراق التجارية رغم التشابه الكبير بينه وبين الكمبيالة، وهو الذي حمل على إبرام اتفاقيتي جنيف (الأولى عام ١٩٣٠ م وهي خاصة بالكمبيالة والسند لأمر، والثانية عام ١٩٣١م وهي خاصة بالشيك) بدلًا من إبرام اتفاقية واحدة(٣).

---

(١) ومن التعريف يتضح أن الشيك يشبه الكمبيالة من حيث أطرافه فهو يتضمن ثلاثة أطراف: (١) الساحب: وهو الذي يصدر الشيك ويوقعه (٢) المسحوب عليه: وهو الطرف الموجه إليه الشيك، وغالبًا ما يكون البنك (٣) المستفيد: وهو الشخص الذي يدفع له مبلغ الشيك، ينظر: المصادر السابقة.

(٢) ينظر: دراسات في اجتهادات القضاء التجاري في مادة الأوراق التجارية، كويسي، والهيني، ص (١٠-١١).

(٣) ينظر: الأوراق التجارية في النظام السعودي، د عبد الله العمران، ص (٢٨٢).

ومن خلال ما تقدم يتبين أن الوظيفة التقليدية للأوراق التجارية هي: كونها وسيلة لتنفيذ عقد الصرف، وهي كذلك أداة وفاء في المعاملات شأنها في ذلك شأن النقود، كما أنها أداة ائتمان إذا تضمنت أجلا للوفاء بقيمتها ، فظهر بذلك أن أهم وظائف الأوراق التجارية:

أ) كونها أداة للوفاء بالالتزامات، وهي تشبه النقود في ذلك، لكن قلت أهميتها بظهور أدوات أخري للوفاء مثل: الشيكات المصرفية، والحوالات البريدية، والنقل المصرفي، ورغم ذلك: ما تزال الكمبيالة تستخدم على نطاق واسع أداة للوفاء بالالتزامات في المعاملات الدولية.

ويجدر التنبيه إلى أن مجرد تحريرها لا يعد وفاء في ذاته - كما هو الحال في تسليم النقود - وإنما يتم الوفاء بدفع قيمتها نقدا؛ لأن أداة الوفاء شيء ووقوع الوفاء بالفعل شيء آخر، فهي بذلك أداة وفاء احتمالية - لا تؤدي إلى إبراء الذمة إلا بعد الوفاء بقيمتها - بخلاف الأوراق النقدية التي لها قوة إبراء مطلقة من الديون، والشيك أكثر الأوراق التجارية أداء لهذه الوظيفة؛ لأنه بطبيعته مؤهل ليكون أداة وفاء خاصة في المعاملات المحلية.

ب) كونها أداة للائتمان، ويختص ذلك بالكمبيالة والسند لأمر؛ حيث تتضمن في الغالب أجلا للوفاء بقيمتها، ولا يؤدي الشيك هذه الوظيفة الائتمانية؛ فهو أداة وفاء لا أداة ائتمان؛ لأنه مستحق الدفع بمجرد الاطلاع ولا يختلف ميعاد الاستحقاق فيه عن تاريخ السحب(١).

---

(١) ينظر: الأوراق التجارية، د علي جمال عوض، ص (٢٨)، والأوراق التجارية، د زينب سلامة، ص (٣-١٣)، والتعامل بالأوراق التجارية، مفيض الرحمن، دراسات الجامعة الإسلامية العالمية، ج٣/ ٢٠٠٦م، =



المبحث الثالث
النظام الواجب التطبيق في الأوراق التجارية

المتعاملون بالأوراق التجارية يخضعون لقانون خاص ينظمها يعرف "بالقانون الصرفي" أو "قانون الصرف"(١)، ويقصد به: "مجموعة القواعد التي تحكم الأوراق التجارية"، وينصرف هذا الاصطلاح في المملكة إلى نظام الأوراق التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٧) وتاريخ ١١/ ١٠/ ١٣٨٣هـ، فهو الذي يحكم الفصل في قضايا الأوراق التجارية، إضافة إلى القرار الوزاري رقم (٨٥٩) وتاريخ ١٣/ ٣/ ١٤٠٣هـ، بشأن إجراءات الفصل في منازعاتها.

وقواعد الالتزام الصرفي تتميز بصرامتها وقسوتها على المدينين مقارنة بغيرها من الالتزامات العادية؛ لأن التوقيع على الورقة التجارية يجعل التزام المدين شكليا، وصارما، ومستقلا، ومجردا، وتجاريا مما يحصن حقوق الحامل، ويضمن التداول السريع لها، ويحمي منطق الائتمان فيها؛ لأن قيامها على أساس الزمن والأجل - باعتبارها أداة وفاء وائتمان - يجعلها تستجيب لحاجات التجار إلى النقود

= ص (٩٦)، وتضامن الموقعون على الأوراق التجارية، محمد علي بني مقداد، ص (١٦)، والأوراق التجارية، عبدالرحمن قرمان، ص (١٤-١٦)، والأوراق التجارية، د سعيد يحيى، ص (٥)، والأوراق التجارية، عبد الفضيل محمد أحمد، ص (٨-١١)، والأوراق التجارية، أكرم ياملكي، ص (٢٣٦).

(١) ترجع هذه التسمية لسبب تاريخي هو: نشوء الكمبيالة في القرون الوسطى؛ لتكون –في الأصل– أداة لتنفيذ عقد الصرف، ينظر: الأوراق التجارية، د زينب سلامة، ص (١٣)، ودراسات في اجتهادات القضاء التجاري في مادة الأوراق التجارية، د.احمد كويسي، ومحمد الهيني، ص (٧-٩و (٢٥).

لتسوية الديون المترتبة عن معاملاتهم عن طريق تظهيرها أو خصمها لدى أحد هذه البنوك(١).

وثمة حالات تتداخل فيها قواعد القانون الصرفي، والقواعد العامة في القانون التجاري أو المدني في تنظيم الأوراق التجارية، كما أن بعض أطراف الكمبيالة قد يخضعون في نفس الوقت لقواعد القانون الصرفي وقواعد القانون المدني، وإذا كان هناك تعارض بين القانون الصرفي والقواعد العامة فإنه يتم ترجيح قواعد القانون الصرفي على اعتبار أن النص الخاص يقدم على النص العام(٢).

(١) وهكذا دواليك إلى حين حلول أجل الاستحقاق؛ لقلة الأداء بين التجار نقدا في الحال، فالأداء بالورقة التجارية يمنح المدين فرصة لجمع المال لتغطية ديونه، كما يمنح الدائن الحق في الحصول فورا على حقوقه نقدا عن طريق خصمها، كما تقدم، ينظر: دراسات في اجتهادات القضاء التجاري في مادة الأوراق التجارية ، د.احمد كويسي، ومحمد الهيني، ص (٧-٩و (٢٥).

(٢) ينظر: الأوراق التجارية، د زينب سلامة، ص (١٣)، ودراسات في القضاء التجاري، كويسي والهيني، ص (٧و٢٥).



المبحث الرابع
صلة الائتمان بالأوراق التجارية

ظهرت الحاجة لبديل عن النقود في الوفاء بالديون بين التجار في تعاملاتهم، يكون محققا للائتمان، فالتاجر الذي يقتني بضاعة من المنتج أو المصنع، قد لا يتوفر لديه ثمن البضاعة حالا، فيطلب ائتمانا أي أجلا قصيرا يصرف فيه البضاعة ليوفي بالدين من ثمنها، ويأخذ البائع منه وسيلة الضمان لهذا الدين - والتي كانت في السابق تعتمد على الحوالة غالبا -؛ ولذا كان التجار يتداولون الائتمان فيما بينهم كما تتداول البضائع بنقل الحقوق في سندات المديونية حتى يجتمع في التاجر غالبا صفة الدائن والمدين، فبدلا من أن يحرر لمدينه سندا يقر فيه بمديونيته إزاءه، ينقل إليه حقًا ثابتًا في سند مستحق الأداء بعد بضعة أشهر، وفي تاريخ الاستحقاق يتقدم حامل السند إلى المدين لمطالبته بالدين الذي يمثله السند.

لكن استخدام الحوالة مقيد بأركان، وشروط، وآثار تتنافى مع ما تتطلبه المعاملات التجارية من يسر وسرعة في التداول، وتحول كذلك دون تحقيق الهدف الذي يسعى إليه التاجر الدائن من اقتضاء حقه قبل حلول الأجل، فابتكرت وسائل ائتمان تناسب البيئة التجارية، وهي الأوراق التجارية متمثلة في: الكمبيالة، والسند لأمر.

وبذلك أصبحت حوالة الحق الثابت بالورقة التجارية سهلا وميسورا عن طريق التظهير كما أصبح حامل هذه الورقة التجارية مطمئنًا على حقوقه بمواجهة المدين المحال عليه حيث ينتقل إليه الحق الثابت في الورقة التجارية مستقلًا عن

العلاقات السابقة التي كانت سببًا في سحب الورقة أو تظهيرها، ورغم أن الورقة التجارية قد نشأت - ابتداء - في أوساط التجار إلا أن نطاق استعمالها شمل غيرهم أيضا[1].

فصار من أهم وظائف الأوراق التجارية وخصائصها: كونها أداة للائتمان، بأن يتفق المشتري مع البائع على دفع قيمة البضاعة بعد مدة معينة: فيقوم تاجر التجزئة - مثلًا - بطلب بضاعة من تاجر الجملة على أن يقوم بدفع قيمتها بعد مدة، ثم يقوم المشتري بسحب ورقة تجارية تتضمن أمرًا إلى مدين له بالوفاء بقيمتها أو تتضمن تعهدا منه بالوفاء بقيمتها[2].

والغالب أن تتضمن الورقة التجارية أجلًا لوفائها فتحقق بذلك الائتمان اللازم للمعاملات التجارية بأن تمنح المدين الأجل الذي يحتاجه وتمكن الدائن مع وجود الأجل من الحصول فورا على حقه نقدا إذا شاء بطريق خصم الورقة التجارية التي بيده لدى البنك[3].

فيتم استخدامها كأداة للائتمان وذلك بتسييلها أي: الحصول على قيمتها نقدا قبل حلول ميعاد استحقاقها نظير التنازل عن نسبة بسيطة من قيمتها، وهو ما يعرف بخصم الأوراق التجارية الذي تزاوله البنوك.

ولا يخفى ما للائتمان من أهمية حيوية في الاقتصاد والتجارة؛ فقد لا يستطيع صاحب المصنع أن يجد مشتريًا يقدم على شراء كل منتجاته ويدفع ثمنها نقدا،

---

(١) ينظر: دراسات في اجتهادات القضاء التجاري في مادة الأوراق التجارية (دراسة مقارنة بالمغرب)، د.احمد كويسي، ومحمد الهيني، ص (٧-٩).

(٢) ينظر: الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، بسام الطراونة وباسم ملحم، ص (٣٠).

(٣) ينظر: الأوراق التجارية دراسة للقضاء، د علي جمال عوض، ص (٢٨).



وكذلك بائع الجملة غالبًا لا يستطيع تصريف كل بضائعه ما لم يمهل المشترين من تجار التجزئة ويمنحهم أجلا يمكنهم من بيع ما يشترونه ليتمكنوا من سداد الثمن له، وكذلك الحال بالنسبة لتجار التجزئة مع زبائنهم(١).

والكمبيالة والسند لأمر كلاهما يصلح للقيام بدور الائتمان أما الشيك فيعجز عن ذلك؛؛ لأنه واجب الدفع لدى الاطلاع -كما تقدم- فلا يصلح إلا للوفاء ما لم يخرجه ذوو الشأن عن وظيفته الأصلية بطريقة مستترة، مثل: كتابة تاريخ لاحق على وقت تحريره بعد اتفاقهم على تأجيل موعد استحقاقه، بقصد إعطاء حامله ضمانًا قويًا للوفاء يتمثل في العقوبة الجنائية المقررة للامتناع عن الوفاء به(٢).

وقد تستخدم الأوراق التجارية للضمان وذلك من خلال ما يسمى "بالتظهير التأميني"، ويعني: رهن الاوراق التجارية، بتسليمها إلى الدائن بتظهير يفيد الرهن، ويقصد به (اتفاق بين الراهن والمرتهن يتم بموجبه رهن الورقة التجارية عن طريق تظهيرها تظهيرًا تأمينيًا وذلك لضمان دين في ذمة المظهر)، أو هو (تصرف قانوني يقوم بموجبه حامل الورقة التجارية برهن حقه فيها إلى شخص آخر دائن له لضمان حق ذلك الدائن قبله)(٣).

---

(١) ينظر: الأوراق التجارية في النظام السعودي، د عبد الله العمران، ص (١٤ و١٨).

(٢) ينظر: الأوراق التجارية، د علي جمال، ص (٢٨)، والأوراق التجارية في النظام، د زينب سلامة، ص (٣-١٣)، والتعامل بالأوراق التجارية في الشريعة، مفيض الرحمن، دراسات الجامعة الإسلامية العالمية، (ج٣)، ديسمبر ٢٠٠٦م، ص (٩٦)، وتضامن الموقعون على الأوراق التجارية، محمد مقداد، ص (١٦)، والأوراق التجارية والإفلاس والتسوية الواقية، قرمان، ص (١٤-١٦)، والأوراق التجارية وفقا لقانون التجارة العماني، المقدادي، ص (١٢)، وشرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)، د فوزي سامي، ص (٦-٧).

(٣) ينظر: الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، بسام الطراونة وباسم ملحم، ص (١٨٥ و٤٥٣)، =

ومثاله: حامل كمبيالة تستحق بعد سنة ويريد التعاقد مع مقاول فيشترط عليه ضمان للتعاقد معه فيلجأ لتظهيرها إليه على سبيل الرهن.

وهذا التظهير يتضمن قيام المظهر برهن الورقة التجارية - في حالة عدم رغبته بنقل ملكيتها - فيوقع عليها بما يفيد أنه قام بتظهيرها لمجرد التأمين أو الضمان أو الرهن، وقد يكون المرتهن هو البنك بل لا يتم في الغالب إلا لبنك، وذلك في نطاق الأعمال المصرفية.

وقد أجاز المنظم التظهير التأميني بشروط معينه وبيَّن الشراح وفقهاء القانون آثاره وحالات سداده، ويعتبر نادرًا في الحياة العملية؛ لأن حامل الورقة يستطيع خصمها لدى أحد البنوك بتظهيرها تظهيرا ناقلًا للملكية فيحصل على قيمتها فورًا دون انتظار موعد استحقاقها على أن يدفع بالمقابل عمولة على هذا الخصم للبنك الذي قام بخصمها(١).

لكن يتصور أن يلجأ المستفيد من الورقة التجارية إلى رهنها عندما يكون بحاجة إلى نقود عاجلة، وتكون الورقة التي بيده مستحقة بعد مدة قصيرة فبدلًا من أن يخصمها الحامل - أي يتخلى عن ملكيتها فورًا نظير قيمة الحق الثابت فيها كاملا - يكتفي بأن يقترض المبلغ الذي يحتاجه ويرهن الورقة - أي الحق الثابت فيها - ضمانًا للقرض، حتى إذا تمكن من سداد القرض عند حلول أجله استرد الورقة، ويحصل ذلك عادة عندما تكون حاجته لمبلغ بسيط مقارنة بقيمة الورقة

= والأوراق التجارية في النظام السعودي، د عبد الله العمران، ص (١١٠)، والأوراق التجارية، د علي جمال، ص (٧٦)، والأوراق التجارية، طالب موسى، ص (٩٦)، وشرح القانون التجاري، د فوزي سامي، ص (١٥٥).

(١) المصادر السابقة

ولمدة أقل بكثير من أجلها، فحتى لا يفقد جزءا كبيرا من قيمتها - فيما لو خصمها عند البنك - يكتفي برهنها لدى البنك مع احتفاظه بملكيتها.

وإذا اعتبرنا الأوراق التجارية من الأموال المنقولة فلا إشكال في جواز رهنها إما إذا عتبرت ممثلة لدين ففي رهنها خلاف بين الفقهاء(١)، والصحيح جوازه، وهو قول المالكية ورواية عند الحنابلة(٢)؛ لأن الرهن من عقود التوثيقات لا المعاوضات؛ والمقصود عند إنشائه التوثيق وليس العوض المالي والربح، فلا يشترط فيه ما يشترط في عقود المعاوضات(٣).

وإذا كان التظهير التاميني للورقة التجارية في حقيقته رهن، فإن التظهير التام - الذي يعتبر فيه المظهر ضامنًا للوفاء بالورقة التجارية مع الساحب او المحرر لها ومع سائر الموقعين فيها - يعد من باب الضمان، وجميعها - الرهن والضمان - من وسائل التوثيق الاستيفائية للديون(٤).

---

(١) في حكم رهن الدين بدين: فجمهور الفقهاء يرون المنع من ذلك؛ لأن الدين ليس محلا قابلا للبيع فيتعذر الاستيفاء منه، ولأنه مما يحتمل الوجود والعدم فيكون غررًا، ولأنه غير مقدور على تسليمه، ينظر: مختصر اختلاف العلماء، للطحاوي (٤/ ٢٩٠)، وبدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ١٣٥)، وأسنى المطالب، للأنصاري (٢/ ١٤٤)، والفروع، لابن مفلح (٤/ ١٣٩)، وكشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٣٢١).

(٢) وبه أفتى الشيخ العثيمين كما في الشرح الممتع؛ لأن الرهن أوسع من البيع؛ فالبيع معاوضة محضة، والرهن توثقة كما سبق، ينظر: الكافي لابن عبدالبر (١/ ٤١٦)، والذخيرة ، للقرافي (٨/ ٧٩)، ومواهب الجليل، للحطاب (٥/ ٤).

(٣) ينظر: التعامل بالأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، مفيض الرحمن، دراسات الجامعة الإسلامية العالمية، المجلد الثالث، ديسمبر ٢٠٠٦م، ص (٩٣).

(٤) ينظر: تثبيت الاحتجاج في الأوراق التجارية وأثره دراسة مقارنة، عبدالعزيز العبدالكريم، اشراف عبدالرحمن قرمان، ص (٨٧-٩٠).

المبحث الخامس
صور استخدام الأوراق التجارية للائتمان

يكثر استخدام الأوراق التجارية باعتبارها أداة ائتمان يتحقق بها تسهيل التعاملات التجارية وتوثيق الديون وضمان الحقوق والالتزامات، ومن أبرز الصور الواقعية في ذلك:

١- استخدام البنوك والمصارف - والممولين عامة - للأوراق التجارية في ضمان عقود التمويل والمعاملات المصرفية.

٢- استخدام المؤسسات، والشركات للأوراق التجارية في ضمان الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود التوظيف والعمل.

٣- استخدام التجار - خاصة في محلات بيع الجملة والتجزئة - للأوراق التجارية؛ لضمان الوفاء بما قد ينشأ عن ذلك من المداينات.

٤- استخدام الموردين والمصدرين للبضائع والسلع الأوراق التجارية؛ لضمان الوفاء بما قد ينشأ عنها من المداينات.

٥- استخدام المصنعين للأوراق التجارية؛ لضمان الوفاء بحقوقهم عند التسليم للمستصنع.

٦- استخدام المقاولين للأوراق التجارية في عقود المقاولات الظاهرة والباطنة وما يتعلق بها من تعهدات؛ لضمان الوفاء بحقوقهم عند تنفيذ العمل ممن تعاقد

معهم على إنجازه، وقد يقع العكس فيأخذ الممول من المقاول ورقة تجارية؛ لضمان الوفاء بدينه على المقاول.

٧- استخدام مؤجر السيارات وغيرها من المنقولات للأوراق التجارية؛ لضمان الوفاء بأجرته.

وهذه مجرد أمثلة لما يكثر وقوعه من هذا الاستخدام، ولا تقتضي حصره بها.

المبحث السادس
المخالفات الشرعية والنظامية في استخدام الأوراق التجارية للائتمان

المطلب الأول: حكم استخدام الأوراق التجارية على سبيل الائتمان والضمان في سائر العقود:

من الشروط الموضوعية للأوراق التجارية: السبب، ويتمثل في العلاقة بين الساحب والمستفيد وتسمى (علاقة وصول القيمة)، كما لو اشترى شخص بضاعة من آخر فحرر الأول (المشتري) للثاني (البائع) سند سحب؛ تسديدا لثمن البضاعة المشتراة؛ فهو السبب.

والمقصود بهذا الشرط: أن يكون السبب موجودًا ومشروعًا - أي: غير مخالف للنظام العام، والشريعة الإسلامية، أو لنظام الأوراق التجارية[١] - وكانت القوانين تستلزم ذكر السبب - الإفصاح عن علاقة وصول القيمة - كبيان من البيانات الشكلية الإلزامية، ثم صار اختياريًا، والغالب الآن عدم ذكره -؛ ولذا لم يشترطه المنظم -؛ فلم يعد ذكره شرطًا لصحته[٢]؛ لأن الأصل هو: وجود السبب

(١) ينظر: الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، أكرم ياملكي، ص (٣٤-٣٥)، وتضامن الموقعون على الأوراق التجارية، محمد بني مقداد، ص (٢٣)، والأوراق التجارية والإفلاس، قرمان، ص (٤٨).

(٢) لأنه -وإن كان الأصل والقاعدة العامة أن لكل سند سببا صحيحا ومشروعا إلا أن -من الممكن إثبات العكس، وهو: عدم مشروعية السبب، بكافة الطرق القانونية ينظر: الأوراق التجارية، أكرم ياملكي، ص (٣٤-٣٥).

ومشروعيته، ومن يدعي خلاف ذلك فعليه عبء الإثبات[1].

فإن ذُكِرَ السبب في الورقة التجارية فيعتبر هو السبب الحقيقي، ما لم يثبت خلافه[2]، وقد استقرت اللجنة القانونية على ذلك[3]، وإن فقد هذا الشرط - أي السبب - بطل الالتزام؛ لانعدام سببه أو لعدم مشروعيته، وبالتالي تفقد الورقة التجارية صفتها، لكن هذا البطلان مقصور على طرفي العلاقة، فلا يكون نافذا في مواجهة الحامل حسن النية؛ لأن التظهير يطهر الورقة التجارية من الدفوع المبنية على انعدام السبب أو عدم مشروعيته؛ حماية للثقة التي يجب توافرها في تداول الأوراق التجارية[4].

واستخدام الأوراق التجارية لسبب الائتمان - أي: كأداة ائتمان وضمان للعقود والالتزامات والديون - إن كان مقصورًا على الكمبيالة والسند لأمر، فإنه لا يخل بصحتها - إذ هو من أهم وظائفها كما تقدم -؛ لأنها في الأساس أداة وفاء وائتمان، كما ورد في نظام الأوراق التجارية.

وتأكيدًا لذلك، فقد نص نظام البيع بالتقسيط - مثلًا - في المادة الأولى منه على اشتراط ما يلي: (و- بيان الرهون والكفالات والأوراق التجارية (كمبيالة - سند لأمر) إذا تضمن العقد أيا منها) فنص على جواز استخدام الكمبيالة والسند لأمر

(١) ينظر: استخدام الشيك ومشكلاته العملية وحلولها في المملكة، عبدالفتاح سليمان، ص (٨-٩).
(٢) ينظر: الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية الواقية، عبدالرحمن قرمان، ص (٤٩).
(٣) ينظر: مجموعة المبادئ (٢/ ٢٧٩)، (١/ ١٣٥).
ينظر: الأوراق التجارية في النظام السعودي، د زينب سلامة، ص (٣٥).
(٤) المصادر السابقة.

لضمان الالتزام في عقود التقسيط؛ لكونها أداة وفاء وائتمان معًا[١].

كما نص قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٦٤) ٢/ ٧ في الدورة التاسعة بجدة عام ١٤١٢ه، على ما يلي: "ثانيا: الأوراق التجارية (الشيكات، السندات لأمر، سندات السحب) من أنواع التوثيق المشروع للدين بالكتابة"[٢].

إلا أن هذا الاستخدام إذا خالف نظامًا فإنه يعد موجبًا للعقوبة دون بطلان الورقة التجارية، ومن ذلك مثلًا:

١) الزام بعض مكاتب تأجير السيارات للمستأجرين بالتوقيع على الكمبيالة لضمان حقهم عند التأجير؛ لكون هذا الاستخدام مخالف للمادة (٢١) من اللائحة المنظمة لممارسة نشاط تأجير السيارات؛ ولأنه ليس من الأنشطة التجارية المختصة بالكمبيالة بموجب المادة الثانية والمادة (٤٤٣) من نظام المحكمة التجارية[٣].

٢) استخدام الأوراق التجارية (الكمبيالة والسند لأمر) في ضمان عقود التقسيط ممن يمتهن ويحترف ذلك من غير المرخصين بالتمويل، فهو مخالف لما نص عليه نظام مراقبة شركات التمويل الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٥١ في ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ، والذي حظر -وفقا للمادة الرابعة منه- مزاولة أي من نشاطات التمويل المحددة فيه إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك، ونظّم مزاولة الشخص

---

(١) وهذا نص النظام السابق، أما النظام الجديد فقد أجمل واقتصر على جواز اشتراط الرهن والكفالة في عقد البيع بالتقسيط، دون النص على الأوراق التجارية، وذلك في المادة الرابعة منه.

(٢) مجلة المجمع (ع٦ ج١ ص٤٤٨).

(٣) كما جاء في خطاب وكيل وزارة النقل رقم (١/ ٢٤٩٥٣) في ٢٧/ ٤/ ١٤٣٥هـ الاستناد على ذلك في مجازاة هذه المكاتب وتغريمها، لكن الاستدلال الثاني - فيما يظهر لي - بعيد وغريب فكونها أوراق تجارية لا يعني حصر استخدامها في الأنشطة التي نصت عليها المادة الثانية المشار إليها آنفًا.

ذي الصفة الطبيعية أو المعنوية تمويل سلع منشآته أو خدماته لزبائنه؛ بما يمكن المؤسسة من ممارسة سلطتها النقدية، ويحمي النظام المالي، ويحقق حماية المستهلك؛ وأحال ذلك على اللائحة التنفيذية، والتي أخضعت - في مادتها الخامسة - تمويل الشخص ذي الصفة الطبيعية أو المعنوية سلع منشآته أو خدماته لعملائه إلى أحكام نظام البيع بالتقسيط، والذي اشترط - في مادته التاسعة - لمزاولة عمليات البيع بالتقسيط على وجه الاحتراف أن يتم ذلك من خلال: شركة، أو مؤسسة مرخص لها بذلك من قبل وزارة التجارة والصناعة، كما أوجب - في مادته العاشرة - معاقبة من يخالف أحكام هذا النظام ممن يزاولون عمليات البيع بالتقسيط على وجه الاحتراف بالعقوبات النظامية، وكانت اللائحة التنفيذية لنظام البيع بالتقسيط - الصادرة عام ١٤٢٦هـ - قد وضعت ضابطًا للاحتراف وهو بيع أي تاجر -طبيعي أو معنوي- ثلاث سلع فأكثر بالتقسيط خلال عام.

وبذلك تكون المخالفة النظامية هنا محصورة في: ممارسة نشاط البيع بالتقسيط على وجه الاحتراف بدون ترخيص، وأما وقوع البيع بالتقسيط من أشخاص طبيعيين دون احتراف ذلك، فإنه لا يعد مخالفة نظامية، وهذا يعني أن استخدام الأوراق التجارية هنا لا يعد مخالفًا للنظام إلا في صورة الممارسة والاحتراف غير المرخص، ويجدر التنبه إلى أن هذا وإن كان مخالفًا إلا أنه لا يبطل الورقة التجارية، ولا يفقدها صفتها؛ لاستكمالها الشروط الشكلية والموضوعية.

المطلب الثاني: حكم استخدام الشيك على سبيل الائتمان والضمان في سائر العقود:

وظيفة الأوراق التجارية محددة بنظام الأوراق التجارية بنصوص آمرة لا يجوز لذوي الشأن الاتفاق على مخالفتها وتغيير وظيفتها، وطبقًا لهذه النصوص يعتبر الشيك أداة وفاء فقط، والسندات لأمر أداة وفاء وائتمان(١).

وعلى هذا فإن استخدام الشيك على سبيل الضمان - أي: كأداة ضمان وائتمان للعقود والالتزامات والديون - يفقده صفته كورقة تجارية؛ لأنه لم يتضمن الامر الناجز بأداء مبلغ معين؛ ولأن ذلك من باب تعليق الشيك على شرط، وهو مخالف للفقرة (ب) من المادة (٩١) من النظام، فيخل بمبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية والذي يقضي بان تكون بياناتها كافية لتعين الالتزام الصرفي الثابت فيها، ويؤدي الى تعطل الوفاء بالشيك لدى الاطلاع؛ ولأن من خصائص الورقة التجارية صلاحيتها للتداول، وإعطاء الشيك على سبيل الضمان من شأنه أن يحد من هذه الصلاحية؛ ولأن ذلك ينافي وظيفته كأداة وفاء فقط، مما يفقده صفة الورقة التجارية، ومن ثم فإن أطراف الشيك لا يخضعون لقواعد القانون الصرفي، فيصبح سندًا عاديًا خاضعًا للقواعد العامة، ويفقد الحماية الجنائية المقررة؛ لكونها قائمة على حماية الوفاء بالشيك الصحيح المستوفي للشروط النظامية(٢).

(١) وهذا ما قررته اللجنة القانونية بوزارة التجارة كما في مجموعة المبادئ (٢٠٥/ ١).

(٢) ينظر: دراسات في اجتهادات القضاء التجاري في مادة الأوراق التجارية (دراسة مقارنة بالمغرب)، د.احمد كويسي، ومحمد الهيني، ص (٥٩-٦٠)، وقد برزت مؤخرًا ظاهرة "شيك الضمان" حيث يقوم الساحب بتقديم الشيك للمستفيد كضمان منه للعقد أو لتنفيذ التزامات محددة في أوقات محددة، ينظر: =



وقد نص المنظم على ماتقدم في المادة (١٠٢)، وقرر: بطلان كل ما يخالفه، وهذا يعني:

١)أن الأصل في الشيك كونه أداة وفاء، ومن يدعي خلاف الأصل فعليه إقامة الدليل.

٢) أن كل شرط يخالف هذا الأصل - بجعله أداة ضمان - يكون باطلا، والشيك صحيحا.

٣) أنه لا يجوز لأطراف الشيك تغيير وظيفته بإرادتهم وتحويله من أداة وفاء إلى ضمان على خلاف ما يقضي به النظام[١].

فمثلًا: حين لا يفي العميل بالتزاماته المالية للبنك، فيطالبه البنك بسداد الدين أو بقيمة الشيك، ويدفع العميل بأن الشيك ليس لوفاء دين البنك وإنما لمجرد ضمان الدين، فإن هذا الادعاء لا ينال من سلامة الشيك كأداة وفاء؛ إذ لا يستطيع ساحب الشيك أن يغير من طبيعته أو يخرجه عما خصه به القانون من مميزات، فلا عبرة بما يقوله من أنه أراد من تحرير الشيك أن يكون تأمينا لدينه الناشئ عن عملية تجارية جرت بينه وبين الدائن، ويكون عليه عبء إثبات خلاف هذا الأصل[٢].

= شيك الضمان والمسؤولية الجنائية، د. عبد القادر ورسمه غالب، على الرابط:
http://www.raqaba.co.uk

(١) وقد جرى على ذلك عمل اللجنة القانونية في قراراتها ينظر: المجموعة (١/ ١٠ و١٣٨ و٢٠٥)، وينظر: استخدام الشيك ومشكلاته العملية وحلولها في المملكة، عبدالفتاح سليمان، ص (٨-٩)، والأوراق التجارية في النظام السعودي، د زينب سلامة، ص (٢٦٥).

(٢) ينظر: استخدام الشيك ومشكلاته العملية وحلولها في المملكة، عبدالفتاح سليمان، ص (٢٦-٢٧).

وإذا انضم إلى ذلك - استخدامه على سبيل الضمان - عدم وجود مقابل الوفاء: (وهو دين نقدي للساحب في ذمة المسحوب عليه (البنك) ويكون قائما وقت اصدار الشيك وقابلا للتصرف فيه، أي محقق الوجود ومستحق الاداء ومعين المقدار، ومساويا على الاقل لمبلغ الشيك)، فإنه يعد حينئذ جريمة يعاقب عليها بالسجن والغرامة[١].

ولا يقبل الدفع بعدم وجود مقابل الوفاء: بأن الشيك كان مسلمًا على سبيل الضمان، ما لم يثبت ذلك[٢].

وتحرير الشيك بتاريخ مؤجل - لاستخدامه كوسيلة ضمان - لا يبطله، فيعد حالًا والأجل لاغيًا، وعلى من يدفع بأن سببه الضمان عبء الإثبات كما تقدم، وقد نصت على ذلك المادة (١٠٢) من النظام[٣].

وتأكيدًا لذلك، فقد اقتصر نظام البيع بالتقسيط كما تقدم على اشتراط بيان

---

(١) جريمة اصدار الشيك بدون رصيد المعاقب عليها بموجب المادة (١١٨) تتطلب في ركنها المعنوي أن يكون ساحب الشيك سيء النية وإن كان ذلك مفترضا في حق الساحب إلا أن المنظم أجاز إثبات عكسه بأن يثبت أن الشيك حرر لضمان مثلا فإذا استطاع الساحب إثبات حسن نيته وأن المستفيد كان يعلم بعدم وجود مقابل وفاء حال تلقيه الشيك فيعاقب المستفيد لتلقيه شيك بسوء نية وهو يعلم بعدم وجود مقابل وفاء له طبقا للفقرهـ من مادة (١١٨)، ينظر: الوجيز في أحكام الشيك وفقا للنظام السعودي، في ضوء نظامي الأوراق التجارية والتنفيذ، عرفات عبد الفتاح، ص (١٣٤)، وينظر: القانون التجاري السعودي، د حمزة المدني، ص (٤٣٠-٤٣٢).

(٢) الدفع بأن سبب الشيك هو الضمان يعد من الدفوع المهمة إذ يترتب على ثبوته بطلان الشيك، ويعتبر من أكثر الدفوع انتشارا للجوء الكثير إلى استخدام الشيك كوسيلة ضمان مستفيدين من الحماية الجنائية المقررة له، ينظر: الوجيز في أحكام الشيك، عرفات عبد الفتاح، ص (١٣٧)، ودراسات في اجتهادات القضاء التجاري، د.احمد كويسي، ومحمد الهيني، ص (٥٩-٦٠).

(٣) ينظر: الوجيز في أحكام الشيك، عرفات عبد الفتاح، ص (١٣٤).



الأوراق التجارية (كمبيالة - سند لأمر) إذا تضمن العقد أيا منها دون الشيك؛ لكونه أداة وفاء فقط فلا يصلح للائتمان[(١)].

المطلب الثالث: حكم استخدام الأوراق التجارية على سبيل الائتمان والضمان في عقود التمويل:

يكثر في التعاملات المصرفية - على نحو خاص - تغطية العقود التمويلية بالأوراق التجارية، والمقصود به أن يعمد المصرف - عند التمويل والإقراض - إلى توثيق ذلك بأوراق تجارية تكون ضمانًا للدين، وقد سبق بيان الحكم في استخدام الأوراق التجارية كأداة ضمان وائتمان.

لكن قد يشكل على هذا الاستخدام ما قرره بعض الفقهاء في منع رهن الدين بالدين[(٢)]، ورهن المجهول[(٣)]، وذلك في حال كون الأوراق التجارية غير مغطاة

(١) ولذلك حذرت وزارة التجارة كل من يمارس البيع بالتقسيط من طلب أو تسلّم شيكات من المشتري كضمان لسداد الأقساط؛ لمخالفته لأحكام النظام، حيث يعاقب النظام مصدّر الشيك والمستفيد المخالفين بعقوبات تشمل السجن لمدة تصل إلى ثلاث سنوات، وغرامة مالية تصل إلى خمسين ألف ريال)، والتشهير، ينظر موقع الوزارة على الرابط:

https://mci.gov.sa/MediaCenter/News/Pages/04-03-2013-01aspx

(٢) تقدم بيانه في ص (١٥).

(٣) فمنع الجمهور رهن المجهول لأن الرهن يتضمن معنى البيع؛ لأنه موضوع لاستيفاء الحق من ثمنه، فلما كانت جهالة المبيع مانعة من صحة البيع وجب أن تكون جهالة المرهون مانعة من صحة الرهن ولأن ذلك من الغرر، ينظر: مختصر اختلاف العلماء، للطحاوي (٤/ ٢٩٠)، وبدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ١٣٥)، وأسنى المطالب، للأنصاري (٢/ ١٤٤)، والفروع، لابن مفلح (٤/ ١٣٩)، وكشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٣٢١).

أو ليس لها مقابل وفاء، إلا أن الصحيح جواز ذلك كما هو مذهب المالكية[1]؛ فإن عقود التوثيقات تختلف عن عقود المعاوضات، ومقصودها حفظ الدين، فلا أثر يؤدي لبطلان الأوراق التجارية من هذا الجانب، وبذلك أخذت أكثر المصارف الإسلامية[2].

وقد تستخدم الأوراق التجارية - في عقود التمويل - استخدامًا محظورًا شرعًا أو يؤول لمحظور أو يكون حيلة على المحرم، ومن ذلك مثلًا: استخدام المصرف للورقة التجارية لتكون دينًا آخر عند تعثر سداد المديونية المتعاقد عليها، وهذا من باب قلب الدين فيكون ممنوعًا شرعًا إن ثبت ذلك ومانع من تنفيذها.

ومن ذلك أيضًا: استخدام الممول أو المقرض للورقة التجارية بزيادة عن الدين الذي حررت لتوثيقه ليكون فائدة للمقرض أيضًا فهذا من باب القرض الذي يجر نفعًا فيحرم ويمنع من التنفيذ عند ثبوته.

ومن ذلك أيضًا: الاتفاق على خصم الأوراق التجارية فإنه غير جائز شرعا؛

---

(١) فقد أجاز المالكية رهن المجهول؛لأن الرهن أوسع من البيع؛ فالبيع معاوضة محضة، والرهن توثقة بحق ثابت من دونها، وهذا هو الأصح؛ لأن المقصود عند إنشاء الرهن التوثيق وليس العوض المالي والربح، ينظر: الذخيرة ، للقرافي (٨/ ٨٥)، ومواهب الجليل، للحطاب (٥/ ٣)، وحاشية الدسوقي (٢/ ٢٩٦).

(٢) ومنها: قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم (٥٨٤) في ٩/ ٦/ ١٤٢٤هـ بجواز رهن الدين، وجاء في المعيار الشرعي رقم (٣٩) من معايير هيئة المحاسبة (أيوفي) ما نصه: (رهن الديون: يجوز للمؤسسة أن تدخل في مداينة مع العميل (المستفيد) وتقبلً رهنا منهً دينا له على الغيرً موثقا بخطاب اعتماد مستندي، أو خطاب ضمان، أو بمستخلص بالمستحقات، أو بورقة تجارية كالكمبيالة والسند الإذني. ١ .يجوزرهن الدين سواء أكان ذلك الدين على المرتهن أم على غيره. ٢ .يكون قبض الدين المرهون بقبض وثيقته، أو الإشهاد عليه عند رهنه، ويترتب على الدين المرهون أثره، وهو أن يكون المرتهن أحق بهمن غيره).

لأنه يؤول إلى ربا النسيئة المحرم[١]، كما نص على ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٤(٢/ ٧)في دورة مؤتمره السابع - ١٤١٢هـ[٢]، وقررته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعيار السادس عشر[٣].

ومن المخالفات التي يقع فيها كثير من البنوك والمصارف عند استخدام الأوراق التجارية - كأداة ائتمان وضمان في عقود التمويل - أنهم يعمدون إلى استحصال شيكات ضمان من عملائهم المقترضين كوسيلة يحتفظون بها للضغط عليهم وحملهم على المبادرة إلى السداد، ضمانًا للمعاملات والتسهيلات المصرفية، ويستغلون الحماية الجنائية للشيك في تهديد العميل عند تعثره وتأخره في السداد، وبالرغم من سداد معظم قيمة الدين من قبل العميل، يظل البنك محتفظًا بشيك الضمان؛ لإجبار العميل على سداد نسبة معينة من الفوائد أو ضمانا لسداد كامل الأقساط المتبقية.

---

(١) ينظر: المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية (ج١٣ ع٣ لسنة ٢٠١٧)، حسم الأوراق التجارية: حقيقته وتكييفه الفقهي، أحمد شحدة أبو سرحان، على الرابط:
http://repository.aabu.edu.jo/jspui/handle/123456789/1324.

(٢) مجلة المجمع (ع٦ ج١ ص٤٤٨)، وينظر قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم (٣٠٣) في ٢٨/ ٣/ ١٤١٩هـ بشأن منع بعض طرق التحايل على الربا في تحصيل المديونيات.

(٣) والذي نص – في الفقرة السادسة منه – على ما يلي: (٦/ ١) لا يجوز حسم (خصم) الأوراق التجارية، ويجوز الوفاء بأقل من قيمتها للمستفيد الأول (الدائن) قبل حلول أجلها (٦/ ٢)+ لا يجوز بيع الورقة التجارية المؤجلة بمثل مبلغها (ربا النسيئة)، ولا بأكثر منها (ربا النسيئة والفضل) (٦/ ٣) يجوز للمستفيد جعل الورقة التجارية المؤجلة ثمنًا لسلعة معينة أو منفعة معينة (غير موصوفتين في الذمة) بشرط قبض السلعة أو العين المنتفع بها حقيقة أو حكمًا (الخصم السلعي للديون) (٦/ ٤) يجوز لحامل الورقة التجارية شراء سلعة إلى أجل (بقدر أجل الورقة التجارية) وبعد أن يثبت الدين في ذمته يحيل حامل الورقة دائنه على المدين له بتلك الورقة ويكون ذلك من باب الحوالة)، المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص (٤٤٥-٤٤٦).

كما يظهر ذلك جليًّا بين التجار أيضًا حين يستحصل التاجر على شيك بقيمة البضائع - التي يدفع العميل قيمتها على أقساط - وقد يستغل التاجر ذلك الشيك المودع لديه على سبيل الضمان استغلالًا سيئًا، فيتقدم بشكوى مطالبًا بموجبها بسداد كامل قيمة الشيك بالرغم من إيداع الشيك لديه على سبيل الضمان، وبالرغم من سداد جزء كبير من قيمته.

فمثل هذه التصرفات موجبة للعقوبة من جانب المخالفة النظامية، كما أنها موجبة للعقوبة الشرعية إن أدت إلى أكل المال الحرام بالباطل(١)، وفي سبيل معالجة ذلك: قررت بعض الدول حصر الحماية الجنائية للشيك، فلا تشمله إذا قدم ضمانًا للعقود التجارية أو التمويلات المصرفية؛ لخروجه بذلك عن حقيقته ووظيفته الأصلية.

ولاشك أن مثل هذه القرارات المصلحية من شأنها رفع الظلم عن بعض محرري الشيكات على سبيل الضمان، ووضع القواعد الصحيحة لاستقرار المعاملات المالية سواء أكانت مع البنوك أو التجار(٢).

---

(١) وقد حذرت وزارة التجارة كل من يمارس البيع بالتقسيط من طلب أو تسلّم شيكات من المشتري كضمان لسداد الأقساط؛ لمخالفته لأحكام النظام، حيث يعاقب النظام مصدّر الشيك والمستفيد المخالفين بعقوبات تشمل السجن لمدة تصل إلى ثلاث سنوات، وغرامة مالية تصل إلى خمسين ألف ريال، والتشهير، ينظر موقع الوزارة على الرابط:

https://mci.gov.sa/MediaCenter/News/Pages/04-03-2013-01aspx

(٢) ومن ذلك قرار رئيس دولة الإمارات العربية المتحدة بشأن معالجة ديون المتعثرين ومفاده: "مع عدم الإخلال بحجية شيكات الضمان في الإثبات، تنحصر الحماية الجنائية المقررة في المادة (٤٠١) من قانون العقوبات الاتحادي (رقم ٣ لسنة ١٩٨٧) عن شيكات الضمان المقدمة من البنوك وشركات التمويل ضد المواطنين، وتحفظ النيابة كافة البلاغات، وتحكم المحاكم بانقضاء كافة الدعاوى الجنائية المنظورة أمام المحاكم بكافة درجاتها المتعلقة بشيكات الضمان، ويفرج فورًا عن كافة الموقوفين والمحكومين في =



ولا يمكن حصر الاستخدامات - الممنوعة - للأوراق التجارية في عقود التمويل[1]، بيد أن إبطالها للأوراق التجارية موقوف على ثبوتها وفق القواعد العامة للدعوى، كما أن الاستخدام الممنوع نظامًا فقط وإن أبطل الورقة التجارية إلا أن الدين الذي تضمنته لا يسقط بذلك، فيمكن المطالبة به لدى قاض الموضوع وإنما يسقط الالتزام الصرفي فقط.

المطلب الرابع: حكم استخدام الأوراق التجارية على سبيل الائتمان والضمان في عقود العمل:

والمقصود بذلك أن يعمد رب العمل - شركة أو مؤسسة أو فرد - إلى اشتراط توقيع العامل - عند التعاقد - على ورقة تجارية تكون وسيلة ضمان لرب العمل يحفظ بها حقوقه المستقبلية على العامل حال إخلاله بالعقد، أو تسببه بالأضرار، أو جنايته على المال باختلاس، ونحوه.

فإن كانت الورقة التجارية شيكًا فينطبق عليها ما تقدم بيانه في استخدام الشيك كأداة ائتمان وضمان.

= هذه القضايا طالما ثبت للنيابة المختصة أنها شيكات لضمان التزامهم"، ينظر: شيكات الضمان، نهرو حجاج، على الرابط:

http://www.emiratesreview.ae/ar/?p3163.

(١) ذكرت هيئة المحاسبة والمراجعة في المعايير الشرعية لحكم التعامل بالأوراق التجارية، ما يلي: يجوز التعامل بالأوراق التجارية بأنواعها الثلاثة (الكمبيالة والسند لأمر والشيك) شريطة ألا يترتب على ذلك مخالفة شرعية، مثل الربا أو التأجيل الممنوع شرعًا، بحسب التفصيل الوارد ..لا يجوز التعامل بالكمبيالة والسند لأمر فيما يشترط فيه القبض، مثل جعلهما بدلي عقد الصرف ورأس مال السلم...الخ.

وأما السند لأمر والكمبيالة فهي بموجب النظام أداة وفاء وائتمان، لكن استخدامها في عقود العمل على النحو المتقدم بيانه يظهر مخالفته لأحكام نظام العمل(١)؛ إذ نصت المادة الرابعة منه على أنه: (يجب على صاحب العمل والعامل عند تطبيق أحكام هذا النظام الالتزام بمقتضيات أحكام الشريعة الإسلامية)، ونصت المادة الثامنة على أن: (يبطل كل شرط يخالف أحكام هذا النظام، ويبطل كل إبراء، أو مصالحة عن الحقوق الناشئة للعامل بموجب هذا النظام، أثناء سريان عقد العمل، ما لم يكن أكثر فائدة للعامل)، ونصت المادة العشرون على أنه: (لا يجوز لصاحب العمل أو العامل أن يقوم بعمل من شأنه إساءة استعمال أحكام هذا النظام أو القرارات واللوائح الصادرة تنفيذًا لأحكامه كما لا يجوز لأي منهما القيام بعمل من شأنه الضغط على حرية الآخر أو حرية عمال أو أصحاب عمل آخرين لتحقيق أي مصلحة أو وجهة نظر يتبناها مما يتنافى مع حرية العمل أو اختصاص الجهة المختصة بتسوية الخلافات)، ونصت المادة الحادية والستون على أنه : (يجب على صاحب العمل ما يأتي: (١- أن يمتنع عن تشغيل العامل سخرة، وألا يحتجز دون سند قضائي أجر العامل أو جزءًا منه، وأن يعامل عماله بالاحترام اللائق، وأن يمتنع عن كل قول أو فعل يمس كرامتهم ودينهم).

فهذه المواد صريحة في منع قيام رب العمل بأي تصرف أو إجراء مخالف لنظام العمل، وأحكام الشريعة الإسلامية وأخلاقياتها، وكذلك منع كل ما يمس حرية العامل وكرامته، ومنع كل تصرف من شأنه حجز حقوقه وأجوره بدون حكم

(١) الجديد الصادر بالمرسوم الملكي (رقم م/ ٥١) وتاريخ ٢٣/ ٨/ ١٤٢٦هـ.

قضائي، وأن الأصل في الحقوق والواجبات هو عقد العمل بين الطرفين، وأن أي نزاع بينهما يحل عن طريق اللجنة المختصة، وأن أي إساءة استغلال للنظام وأي مصالحة أو شروط مخالفة لأحكامه فهي باطلة ما لم تكن في مصلحة العامل، وهذا كله يقتضي منع استخدام الأوراق التجارية في ضمان حقوق رب العامل المستقبلية إن وجدت، وأن هذا مخالف لأحكام نظام العمل وأخلاقياته ويتنافى مع حرية وكرامة العامل، ويؤدي لاحتجاز أجوره بدون حكم قضائي وكل ذلك ممنوع نظامًا.

إضافة لكونه من الكذب، وفيه نوع من الابتزاز والإكراه وهو محرم شرعًا، وربما كان أيضًا ذريعة للظلم وأكل المال بالباطل وهضم حقوق العامل.

ثم إن المادة السادسة والستون من النظام أوردت الجزاءات التأديبية التي يجوز لصاحب العمل توقيعها على العامل وليس منها استخدام الأوراق التجارية لتكون شرطًا جزائيًا أو ضمانًا يتيح لرب العمل مجازاة العامل بها، وأكدت المادة السابعة والستون على أنه(لا يجوز لصاحب العمل أن يوقع على العامل جزاءً غير وارد في هذا النظام أو في لائحة تنظيم العمل).

ثم إن رب العمل قد يتعسف في استخدام الأوراق التجارية بحجة حفظ حقوقه، عندما يلزم العامل بالتوقيع على ورقة تجارية بمبلغ معين صوريًا دون وجود سبب مشروع وإنما احتياطًا لحق رب العمل، وهذا - مع ما فيه من كذب وتحايل وانعدام للسبب وهو بذاته مبطل للورقة التجارية فإنه - نوع ابتزاز للعامل؛ لإجباره على إسقاط حقوقه ومطالباته المستقبلية بسبب هذا الالتزام الصوري الكاذب، فهذا الاستخدام يتنافى مع أصول ومبادئ ومقاصد الشريعة، والتي حرصت على حفظ حقوق الطرفين معا - العامل ورب العمل - بدون هذه

الأساليب.

وإذا كان هذا الاستخدام - في عقود العمل - قد اختلت فيه بعض الشروط الموضوعية للورقة التجارية، وهي السبب، والرضا - كما تقدم -؛ فإنه يعد بذلك مبطلًا للورقة التجارية.

إلا أن الورقة التجارية لا تبطل به ابتداء حتى يثبت بإقرار أو حكم قضائي، فيؤدي لإبطالها، أو يصرح - في الورقة التجارية - على ربطها بعقد العمل وأنه سببها لا غير فيكون من باب تعليق الورقة على شرط، وهو مخالف للنظام، ويخل بمبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية، والذي يقضي بأن تكون بياناتها كافية لتعين الالتزام الصرفي الثابت فيها كما سبق.

وغالبًا ما يتم استخدام (السند لأمر) في الائتمان بهذه العقود(١)، والذي هو في حقيقته: وثيقة إقرار بالدين أو القرض، والإقرار هو الاعتراف بالحق، مأخوذ من المقر كأن المقر جعل الحق في موضعه، وحده شرعًا: "إظهار المكلف الرشيد المختار ما عليه لفظا أو كتابا في الأقيس أو إشارة أو على موكله أو موروثه أو موليه بما يمكن صدقه فيه وليس بإنشاء"(٢)

فحكمه ظهور المقر به لا إثباته ابتداء؛ إذ هو إظهار لأمر متقدم، فيكون إخبار المقر بحق سابق لغيره عليه، فلا يصدق على الإنشاء(٣)؛ إذ هو حين الإخبار لم

---

(١) فيشترط رب العمل على المتقدم إليه لتوظيفه أن يوقع –مع عقد العمل– على سند لأمر بمبلغ ما، لاحقيقة له بحجة الاحتياط والضمان لحقه فيما لو أخل الموظف بعمله أو ألحق به ضررًا، ويقع هذا كثيرًا.

(٢) المبدع، لابن مفلح (١٠/ ٢٩٤).

(٣) وورود الإقرار للإنشاء في كلام الشارع ليس بمعنى الإقرار هنا، كما بين ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية في =



يكن في ذمته أي مال أو حق حتى يكون ذلك إخبارا عنه بعده [(١)]

وبناء على هذا فإن استخدام السند لأمر في عقود العمل - على النحو السابق - يعد مخالفًا لحقيقة الإقرار أيضًا، وهذا مما يؤكد البطلان إضافة لما تقدم.

المطلب الخامس: حكم استخدام الأوراق التجارية على سبيل الائتمان والضمان في عقود المقاولات والإجارة لمدة طويلة:

يرد على هذا الاستخدام ما تقرر سابقًا، إلا أن طول مدة الإجارة أو المقاولة كثيرًا ما يصاحبه تغير واضطراب في قيمة العملة، فتكون القيمة الحقيقة أقل أو أكثر من القيمة الاسمية المدونة في الورقة التجارية، فإن كان ذلك على سبيل الضمان وزال موجبه فلا أثر لهذا الإشكال؛ لانقضائه، كما أنه لا يوجد مانع من اختلاف القيمة في الضمان - حال بقاءه - إذ المراد منه التوثيق سواء زاد الثمن أو نقص، كما في الرهن بعين قيمتها تساوي الدين ثم تنقص عنه بعد ذلك بسبب

= مجموع الفتاوى (٧/ ٥٣١) بقوله: (لفظ الإقرار يتضمن الالتزام، ثم إنه يكون على وجهين: **أحدهما**: الإخبار وهو من هذا الوجه كلفظ التصديق والشهادة ونحوهما وهذا معنى الإقرار الذي يذكره الفقهاء في كتاب الإقرار

والثاني: إنشاء الالتزام كما في قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَٰقَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ لَمَآ ءَاتَيْتُكُم مِّن كِتَٰبٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَآءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِۦ وَلَتَنصُرُنَّهُۥ ۚ قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى ۖ قَالُوٓا۟ أَقْرَرْنَا ۚ قَالَ فَٱشْهَدُوا۟ وَأَنَا۠ مَعَكُم مِّنَ ٱلشَّٰهِدِينَ﴾ [آل عمران:٨١]، وليس هو هنا بمعنى الخبر المجرد فإنه سبحانه قال: ﴿وَإِذْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَٰقَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ لَمَآ ءَاتَيْتُكُم مِّن كِتَٰبٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَآءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِۦ وَلَتَنصُرُنَّهُۥ ۚ قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى ۖ قَالُوٓا۟ أَقْرَرْنَا ۚ قَالَ فَٱشْهَدُوا۟ وَأَنَا۠ مَعَكُم مِّنَ ٱلشَّٰهِدِينَ﴾ [آل عمران:٨١] فهذا الالتزام للإيمان والنصر).

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٧/ ٢٤٩)، والذخيرة، للقرافي (٩/ ٢٥٧)، وروضة الطالبين، للنووي (٤/ ٣٤٩)، والمغني، للموفق ابن قدامة (٥/ ٨٧)، وكشاف القناع، للبهوتي (٦/ ٤٥٢)، والمطلع على أبواب المقنع، للبعلي (١/ ٤١٤).

اختلاف الأسعار وتفاوتها.

لكن الإشكال يقع عندما يثبت موجب الضمان فيكون الوفاء بالورقة التجارية متعيناً إلا أن قيمتها الحقيقية تكون قد جاوزت القيمة الاسمية أو نقصت عنها فيكون أداؤها ووفاؤها غير موافق لقيمتها الحقيقية، وهذا كما يقع تمامًا في الأوراق النقدية ويسمى بموت النقود أو التضخم النقدي، وفيه خلاف بين الفقهاء يضيق المقام عن ذكره، والأظهر فيه ما توصل إليه المجمع الفقهي الإسلامي عندما عرضت عليه مشكلة ما قد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد ونحوها من العقود ذات التنفيذ المتراخي - في مختلف الموضوعات - من تبدل مفاجئ في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل الذي بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما فيما يعطيه العقد كلا منهما من حقوق وما يحمله إياه من التزامات، مما يسمى اليوم في العرف التعاملي بـــ(الظروف الطارئة).

ومن صور ذلك: عقد المقاولة على إنشاء بناية كبيرة تحتاج إلى مدة طويلة، وحدد فيه سعر المتر المكعب من البناء بمبلغ مائة ريال مثلا، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وأسمنت وأخشاب وغيرها وأجور العمال تبلغ عند العقد للمتر الواحد ثمانين ريالًا، فوقع حادث غير متوقع خلال التنفيذ نتج عنه قطع ارتفاع الأسعار ارتفاعًا كبيرًا يجعل تنفيذ الالتزام مرهقًا جدًا - ويظهر خاصة في العقود الضخمة بمبالغ تتجاوز مئات الملايين، مثل: التعهد مع الحكومة بشق الطرق وفتح الأنفاق، وإنشاء الجسور، والمجمعات، والمستشفيات - فهل يبقى المتعاقد الملتزم على حدود عقده وأسعاره قبل تبدل الظروف وطروء التغييرات المشار إليها مهما تكبد في ذلك من خسائر ساحقة، تمسكا بمقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات ؟، أم أن له مخرجًا وعلاجًا في فقه الشريعة الحكيمة العادلة



يعيد كفتي الميزان إلى التعادل، ويحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين؟

وقد قرر المجمع - بهذا الشأن - ما يلي: (في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلا غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغيرا كبيرا بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانبا معقولا الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعا رأي أهل الخبرة الثقات)[١].

---

(١) ينظر: مجلة البحوث الإسلامية، (ج٣٢ص٣٢٢)، على الرابط:

http://www.alifta.net/Fatawa/Fatwaprint.aspx?languagename=ar&id=4584&BookID=2&sectionid

المطلب السادس: حكم استخدام الأوراق التجارية - شرطًا جزائيًا - في العقود والديون:

وليس المراد بذلك تعليق الورقة التجارية على شرط؛ فإنه مخالف لمبدأ الكفاية الذاتية - كما سبق - وتبطل به الورقة التجارية، وقد ورد ضمن المبادئ النظامية في الأوراق التجارية التي قررتها اللجنة القانونية بوزارة التجارة: (عدم جواز تضمين السندات لأمر شرطًا جزائيًا يقضي بتعجيل الوفاء بقيمة هذه السندات في حالة عدم دفع أي منها في ميعاد استحقاقه لتعارضه مع مبدأ الكفاية الذاتية ومخالفته لنظام الأوراق التجارية)(١)، وإنما المقصود أن يكون المبلغ المضمن في الورقة التجارية في حقيقته شرطًا جزائيًا.

والشرط الجزائي - من حيث الأصل - مباح كسائر الشروط ما لم يتضمن مبالغة زائدة عن المعتاد في التعويض عن الضرر، أو يؤدي للوقوع في الربا، وإدراجه ضمن العقود لا يأخذ حكمًا واحدًا بل يختلف بحسب ذلك، كما يختلف في العقود المالية أو غير المالية، وفي الديون عن غيرها، وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي، وهيئة كبار العلماء مشروعيته من حيث الأصل، فنص قرار هيئة كبار العلماء رقم ٢٥ في ٢١/ ٨/ ١٣٩٤هـ على: (أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به)(٢).

وأغلب الشروط الجزائية التي تضعها البنوك على العملاء في عقود التمويل والإقراض وأبرزها هو: اشتراط حلول جميع الأقساط المتبقية عند الامتناع أو التأخر عن سداد بعضها، وقد ذهب الحنفية والحنابلة وبعض المعاصرين إلى

---

(١) ينظر: مجموعة المبادئ (١٠٣/ ١).

(٢) مجلة البحوث الإسلامية (٢/ ١٤٣).



جوازه[١]، فنص قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٤(٢/ ٧) على أنه: (يجوز اتفاق المتداينين على حلول سائر الأقساط عند امتناع المدين عن وفاء أي قسط من الأقساط المستحقة عليه ما لم يكن معسرًا)[٢].

وقيد بعضهم جوازه بالحط من الزيادة التي وضعت مقابل الأجل؛ لأنها بعد إسقاط الأجل صارت بلا عوض فلا تحل[٣]، لكنه يؤول إلى المنع؛ فإن المصرف لا يمكن أن يعمل بهذا؛ وإلا لكان مكافئًا للعميل المتأخر في السداد بإسقاط الزيادة عنه !![٤]

ولذا فالقول بمنع هذا الشرط الجزائي -؛ لكونه يؤول إلى الربا وأن تكون الزيادة بعد إسقاط الأجل بدون مقابل فيكون مال بمال متفاضلًا وهو عين الربا- هو الصحيح[٥]؛وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي رقم ١٠٩ (١٢/ ٣)، بشأن موضوع الشرط الجزائي ما نصه: "**أولًا**: الشرط الجزائي في القانون هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض

---

(١) لأن الأصل في الشروط الصحة والجواز؛ ولأن في هذا الشرط مصلحة العقد بحمل المدين على الوفاء والالتزام بالسداد، وفيه منفعة للعاقد بمطالبة المماطل مرة واحدة بدل تكرار ذلك كل مرة، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/ ٤٥)، والبحر الرائق، لابن نجيم (٦/ ٢٠٣)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر (١/ ٧٥)، وإعلام الموقعين، لابن القيم (٤/ ٣٩).

(٢) مجلة المجمع ع٦ج١ص٤٤٨)، وهذا رأي بعض المعاصرين، ينظر: بيع التقسيط للتركي ص (٣٤٣).

(٣) بيع التقسيط للعثماني ص (٥٣)، وبيع التقسيط للتركي ص (٣٤٥).

(٤) ينظر: قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم (٣٣١) في ٧/ ٢/ ١٤٢٠هـ بشأن تعديل شرط جزائي وإلغاء حط الأرباح.

(٥) وبه أفتت اللجنة الدائمة لهيئة كبار العلماء بالمملكة برقم (١٨٧٩٦)؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد وهو التأجيل الذي استحقت به هذه الزيادة.

الذي يستحقه من شُرِط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

ثانيًا: يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في قراره في السَّلَم رقم (٨٥) (٢/ ٩)، ونصه: (لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المُسْلَم فيه؛ لأنه عبارة عن دَيْن، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الدين عند التأخير)، وقراره رقم (٦٥) (٣/ ٧) - في الاستصناع - ، ونصه: (يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطًا جزائيًّا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة)، وقراره - في البيع بالتقسيط - رقم ٥١ (٢/ ٦)، ونصه: (إذا تأخر المشتري (المدين) في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين، بشرط سابق، أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم، ثالثًا: يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترنًا بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر، رابعًا: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينًا؛ فإن هذا من الربا الصريح. وبناء على هذا، فيجوز هذا الشرط - مثلًا في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع (البائع)، إذا لم ينفذ ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه، ولا يجوز - مثلًا - في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية، سواء كان بسبب الإعسار، أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصْنِع (المشتري) إذا تأخر في أداء ما عليه، خامسًا: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي، سادسًا: لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شُرط عليه أن

إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شُرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد، سابعًا: يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبررًا لذلك، أو كان مبالغًا فيه)(١).

وبذلك يتبين أن الشرط الجزائي منه ما هو مشروع أو ممنوع، ووجوده - بشكل عام - لا يقتضي البطلان من حيث الأصل، حتى يثبت مقتضاه ويتحقق وجود المانع أو المبطل(٢).

---

(١) قرارات المجمع (ص٣٧١).

(٢) ينظر للاستزادة: توثيق الديون في الفقه الإسلامي، د. صالح الهليل، والضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف، لمحمد أبوزيد، والخدمات الاستثمارية للمصارف، د. يوسف الشبيلي.

المبحث السابع
الاختصاص القضائي في نظر المنازعات
الناشئة عن استخدام الأوراق التجارية للائتمان

المنازعات الناشئة عن استخدام الأوراق التجارية للائتمان، في الجملة ذات شقين:

الأول: ما يتعلق بالحق العام، والحماية الجنائية المقررة في النظام، فهذا مما تختص به المحاكم الجزائية بموجب قرار المجلس الأعلى للقضاء في جلسته الخامسة برقم (٥/ ١٢)، وتاريخ ٥/ ٢/ ١٤٣٩هـ المتضمن: (الموافقة على نقل اختصاص مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية إلى القضاء العام (المحاكم الجزائية) اعتبارًا من تاريخ ١/ ٦/ ١٤٣٩هـ).

فالشيك - مثلًا - عند تحريره يولد حقين: حق خاص للمستفيد بصرف قيمته، وحق عام للدولة بإيقاع العقوبة على محرره إذا ثبت عدم وجود رصيد له وهو الحق الجنائي الذي تنظره المحاكم الجزائية، ومن الفروق بينهما أن الأول ينتقل للغير أما الثاني فلا؛ لأنه حق شخصي يمس مرتكب الواقعة فقط، ولا ينتقل الى غيره فالمسؤولية الجنائية مسؤولية شخصية فقط[١].

---

(١) كما قررته مجموعة المبادئ النظامية في مواد الأوراق التجارية قرار رقم (١٣٨) لسنة ١٤٠٣هـ، وينظر: دراسات واستشارات قانونية، الإدارة القانونية بالغرفة التجارية بالمدينة المنورة، ص (٣١).

الثاني: ما يتعلق بالحق الخاص: فهذا يختلف الاختصاص فيه بحسب محل المنازعة:

(أ)فإن كان النزاع في موضوع الورقة التجارية: فيختص بنظره قاض الموضوع، وهو قاض المحكمة التجارية إن كان موضوع النزاع تجاريًا، أو قاض المحكمة العامة إن كان موضوع النزاع عقاريًا، وهكذا.

وذلك بموجب المادَّة (٣١) من نظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية، ونصها: (تختص المحاكم العامة بنظر جميع الدعاوى والقضايا والإثباتات الإنهائية وما في حكمها الخارجة عن اختصاص المحاكم الأخرى وكتابات العدل وديوان المظالم، ولها بوجه خاص النظر في الآتي: أ-الدعاوى المتعلقة بالعقار، من المنازعة في الملكية، أو حق متصل به، أو دعوى الضرر من العقار نفسه أو من المنتفعين به، أو دعوى أقيام المنافع أو الإخلاء أو دفع الأجرة أو المساهمة فيه، أو دعوى منع التعرض لحيازته أو استرداده، ونحو ذلك، ما لم ينص النظام على خلاف ذلك.....الخ)، والمادَّة (٣٥) من ذات النظام، ونصها: (تختص المحاكم التجارية بالنظر في الآتي: أ- جميع المنازعات التجارية الأصلية والتبعية التي تحدث بين التجار.......... د-جميع الدعاوى والمخالفات المتعلقة بالأنظمة التجارية، وذلك دون إخلال باختصاص ديوان المظالم......... و-المنازعات التجارية الأخرى).

وبموجب اللوائح (٣ و٤ و٦ و٧ و٨) من المادة الثالثة من نظام التنفيذ؛ إذ ورد في اللائحة (٣/ ٤) منه: (كل منازعة متعلقة بموضوع الحق فهي من اختصاص قاضي الموضوع، كالمنازعة في ملكية العين محل التنفيذ أو المنازعة المتعلقة بإخلال طرفي التعاقد أو أحدهما بالتزاماته الواردة في العقد كعقود المقاولات والتوريد ونحو ذلك)، وفي اللائحة (٣/ ٦): (كل دفع أو منازعة أمكن ذكرها لدى قاضي

الموضوع ولم تذكر فهي من اختصاصه، وفي اللائحة (٣/ ٧): (كل منازعة وقعت بعد انقضاء التنفيذ ولم تكن ناشئة عنه فهي من اختصاص قاضي الموضوع، كدعوى الشفعة، أو استحقاق المبيع أو المنفعة)، وفي اللائحة (٣/ ٨): (المنازعة في الاستحقاق في الوصايا والأوقاف من اختصاص قاضي الموضوع).

وقد يكون نظر الموضوع - في بعض الأحوال - من اختصاص اللجان شبه القضائية ، مثل: منازعات التمويل المصرفي -وإن كان التمويل عقاريًا- فتختص به لجان المنازعات المصرفية؛ بموجب الأمر الملكي رقم (٣٧٤٤١) وتاريخ ١١/ ٨/ ١٤٣٣هـ، ومثل: نظر المخالفات ودعاوى الحق العام الناشئة عن تطبيق أحكام نظام مراقبة شركات التمويل وأحكام نظام الإيجار التمويلي، وكذلك نظر المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام نظام الإيجار التمويلي، فهذا مما تختص به لجان الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية بناء على المرسوم الملكي رقم (م / ٥١)، وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ الذي صدر به نظام مراقبة شركات التمويل[1].

وكانت لجان الفصل في منازعات الأوراق التجارية هي المختصة بنظر الدعاوى المقامة في موضوع الأوراق التجارية، ثم انتقل الاختصاص في ذلك للقضاء العام بشقيه كما تقدم، مع بقاء اختصاص اللجان شبه القضائية ببعض المسائل استثناءًا، وكذلك استمرار لجان الفصل في منازعات الأوراق التجارية في إنهاء الدعاوى المقامة لديها قبل تاريخ ١/ ٦/ ١٤٣٩هـ- استثناءًا -؛ بموجب قرار المجلس الأعلى للقضاء المشار إليه برقم (٥/ ١٢)، وتاريخ ٥/ ٢/ ١٤٣٩هـ.

(ب) وإن كان النزاع في شروط الورقة التجارية أو إجراءات تنفيذها، فهذا مما

---

(١) باستثناء ما إذا كان محل المنازعة حقًا عينيًا على عقار، وباستثناء منازعات التمويل العقاري أيضًا.

يختص به قاض التنفيذ بموجب المادة الثالثة من نظام التنفيذ، ونصها: (يختص قاضي التنفيذ بالفصل في منازعات التنفيذ مهما كانت قيمتها، وفقًا لأحكام القضاء المستعجل، ويختص كذلك بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ..الخ).

وورد في اللائحة(٣/ ١): (كل منازعة متعلقة بالتحقق من توافر الشروط النظامية الشكلية للسند التنفيذي فهي من اختصاص قاضي التنفيذ، كادعاء تزوير السند أو إنكار التوقيع عليه)، وفي اللائحة(٣/ ٢): (كل منازعة متعلقة بالتنفيذ الجبري أو ناشئة عنه فهي من اختصاص قاضي التنفيذ، كالمنازعة في أجرة الحارس أو استبداله، أو المنازعة في صحة تقرير المحجوز لديه بما في ذمته، أو رد ما استوفي خطأ، أو أن المال المحجوز يفوق مقدار الدين المطالب به أو ادعاء عيب في عين مباعة وفقا لأحكام هذا النظام)، وفي اللائحة(٣/ ٣): (إذا دفع المنفذ ضده بالوفاء، أو الإبراء، أو الصلح، أو المقاصة - بموجب سند تنفيذي - أو الحوالة، أو التأجيل بعد صدور السند التنفيذي فهي من اختصاص قاضي التنفيذ).

المبحث الثامن
أثر الاستخدام المخالف للأوراق التجارية في تنفيذها

المطلب الأول: أثر استخدام الأوراق التجارية المخالف للنظام في تنفيذها:

تبين مما سبق أن الاستخدام المخالف للنظام في الأوراق التجارية منه ما يعود عليها بالبطلان فهذا مانع من تنفيذها؛ لاختلال وصفها كورقة تجارية، وبالتالي فإنها لا تكون سندًا تنفيذيًا، ومنه ما لا أثر له على إبطالها - مع كون المخالفة موجبة للعقوبة - فهذا لا يمنع من التنفيذ.

فمثلًا: استخدام الأوراق التجارية (الكمبيالة والسند لأمر) في الائتمان بعقود التقسيط من غير المرخصين بالتمويل، ذهب بعض قضاة التنفيذ إلى رفض تنفيذها باعتبار المخالفة النظامية بصدورها من غير مرخص - وهذا مخالف لما نصت عليه المادة الرابعة من نظام مراقبة شركات التمويل الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) في ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ-، لا لكونها استخدمت كأداة ائتمان، مع أن هذا لا يفترض به أن يكون مانعًا من تنفيذها كما سبق، ولذلك صدر التعميم القضائي رقم (١٣/ ت/ ٦٨١٥) وتاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤٣٨هـ- بشأن طلبات التنفيذ المتعلقة بعقود تمويل من أشخاص غير مرخص لهم بمزاولة نشاط التمويل - متضمنًا: التوجيه بفرز أوراق مستقلة بشأن طالب التنفيذ، وإحالتها لمؤسسة النقد العربي السعودي؛ لاتخاذ الاجراءات اللازمة حيال المخالفة، وهذا يفيد قبولها كورقة

تجارية، وتنفيذها مع إحالة المخالف للجهة المختصة لمجازاته على مخالفته.

وأما استخدام الأوراق التجارية للائتمان في عقود التوظيف والعمل فتقدم بأن ذلك لا تبطل به الورقة التجارية ابتداء حتى يثبت بإقرار أو حكم قضائي، فيؤدي لإبطالها، أو يصرح في الورقة التجارية على ربطها بعقد العمل وأنه سببها لا غير فيكون من باب تعليق الورقة على شرط وهو مخالف للنظام، ويخل بمبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية، والذي يقضي بان تكون بياناتها كافية لتعين الالتزام الصرفي الثابت فيها كما سبق.

ومثله: استخدامها في ضمان زال موجبه، ونحو ذلك مما لا يظهر أثره إلا بعد ثبوته أمام قاض الموضوع المختص، أو النص عليه صراحة، أو الإقرار به أمام قاض التنفيذ؛ فإنه لا يكون مبطلًا للورقة التجارية ابتداء حتى يثبت، وحينئذ لا تبقى سندًا تنفيذيًا.

المطلب الثاني: أثر استخدام الشيك كأداة ائتمان في تنفيذه:

تبين مما سبق أن استخدام الشيك كأداة ائتمان أو ضمان مخالف لوظيفة الشيك وممنوع نظامًا، لكنه لا يبطله كورقة تجارية ابتداء حتى يثبت كونه ضمانًا زال مقتضاه؛ لزوال السبب بذلك؛ ولهذا جاء في قرارات وزارة التجارة: القرار رقم (٤٢) في ١٠/٦/١٤٠٤هـ، ونصه: (لا يجوز تغيير وظيفة الشيك بإرادة المتعاملين به وتحويله من أداة وفاء إلى أداة ضمان على خلاف أحكام النظام إذ أن الشيك يستحق الوفاء بمجرد الاطلاع عليه وكل بيان يخالف ذلك يعتبر كأن لم يكن مادة ١٠٢ من نظام الأوراق التجارية).

وهذا يعني تنفيذ الشيك وقبوله سندًا تنفيذيًا خاصة إذا لم يدون عليه أي شرط أو قيد ينال من صحته، وقد جاء في القرار رقم(٨) وتاريخ ٩/ ٥/ ١٤٠٣هـ: أن الأصل وجود ومشروعية السبب - الذي هو من شروط صحة الورقة التجارية - وأن مجرد إصدار وتوقيع الورقة التجارية يعد دليلا على وجود السبب ومشروعيته، وبه يتحقق الالتزام الصرفي ويتم التنفيذ، فإن ثبت انعدام سببه - لدى القاضي المختص - كما لو أقر بتقديم الشيك ضمانا لأمر انتهى موجبه وتحقق مقتضاه فيبطل؛ لانتفاء السبب المشروع للالتزام وزواله وانقضاؤه، وقد أكد ذلك القرار رقم(٩) في ٣/ ٢/ ١٤٠٤هـ، والذي جاء فيه: لا يشترط ذكر السبب إعمالا لقانون جنيف الموحد للأوراق التجارية، وتضمن أيضًا صحة الشيك - بناء على ما تقدم - حتى يثبت محرره انتفاء السبب أو عدم مشروعيته فيبطل حينئذ، ويقع عندئذ عبء اثبات وجود السبب ومشروعيته على المستفيد.

وكل ما تقدم صريح في عدم بطلان الشيك إذا ادعي استخدامه في غير ما وضع له - وهو استعماله كأداة ضمان وائتمان - حتى يثبت لدى القاضي زوال السبب وانعدامه، وأكد ذلك القرار رقم (١٣) في ١/ ٦/ ١٤٠٣هـ، ونصه: (تحرير الشيك لمجرد ضمان مبلغ قرض يعني انتفاء السبب المشروع للالتزام وتأثر صحة الورقة التجارية بصحة سببها).

فإذا ثبت استخدام الشيك أداة للضمان، فلقاضي التنفيذ الامتناع عن تنفيذه حينئذ؛ لاختلال شرط وصفه بأنه ورقة تجارية، فلا يكون سندًا تنفيذيًا.

وكان المختص بالتحقق من توفر الشروط الشكلية والموضوعية للأوراق التجارية - سابقًا - لجان الفصل في منازعات الأوراق التجارية بناء على القرار الوزاري رقم (٩١٨) في ٢٥/ ٣/ ١٤٠٣هـ، ثم انتقل ذلك لقضاء التنفيذ.



وبناء عليه: فإن قاض التنفيذ لا يمتنع عن تنفيذ الشيك إذا دفع المنفذ ضده بأنه مجرد ضمان حتى يثبت انقضاء وزوال السبب وبالتالي الالتزام الصرفي المترتب عليه، ولا يبطل الشيك لمجرد دعوى استخدامه أداة ضمان وائتمان.

ثم إن ثبوت بطلان الشيك - بعد ذلك -؛ لانعدام السبب لا يعني سقوط الحق بل بطلان الورقة التجارية، وما تضمنته من الالتزام الصرفي، وهذا مقصور على طرفي العلاقة (الساحب والمستفيد)، فلا يكون نافذا في مواجهة الحامل حسن النية ، وسقوط الالتزام الصرفي لا يعني سقوط الحق والعلاقة غير الصرفية بل تكون الدعاوى فيها خاضعة للقواعد العامة ويمكن المطالبة بالدين المضمن في الورقة التجارية بعد بطلانها لدى قاض الموضوع بمقتضى القواعد العامة كسائر الديون؛ لأن الذي سقط هو فقط الحق الصرفي (الامتيازات والضمانات التي وفرها قانون الصرف) الذي كانت الورقة التجارية وفرته له قبل بطلانها(١).

المطلب الثالث: أثر وجود المخالفة الشرعية في الأوراق التجارية في تنفيذها:

ورد في اللائحة الثانية للمادة الأولى من نظام التنفيذ ما نصه: (تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقًا لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة..).

وورد في اللائحة الأولى للمادة التاسعة من ذات النظام أن: (كل سند تنفيذي خالف الشرع كله أو بعضه يجب عدم تنفيذ المخالف منه، وعند اعتراض طالب التنفيذ تصدر الدائرة قرارًا بذلك يخضع لطرق الاعتراض).

---

(١) ينظر: أحكام الأوراق التجارية، سعد الخثلان ص (١٠٠ و٣٤١-٣٤٢).

وهذا كله تأكيد لما قامت عليه هذه البلاد من تحكيم الشريعة الإسلامية في كل شؤون الحياة وإلغاء مايعارضها من أنظمة أو إجراءات، وعليه فإن وقوع المخالفة الشرعية في الأوراق التجارية تنقسم إلى حالين:

الأولى: أن تكون المخالفة الشرعية ثابتة قطعًا، وينص عليها صراحة في الورقة التجارية، أو تثبت بحكم قضائي أمام قاض الموضوع، أو بإقرار أمام قاض التنفيذ: فحينئذ يمتنع تنفيذ الورقة التجارية؛ لثبوت المخالفة الشرعية، وقد تقدم بيان تأكيد نظام الأوراق التجارية على هذا البطلان عند اشتراط مشروعية سبب الورقة التجارية.

الحال الثانية: إذا كانت المخالفة الشرعية غير ثابتة قطعًا(١)، أو لم ينص عليها صراحة في الورقة التجارية، فحينئذ يتم تنفيذها، ويكون نظر المنازعة في عدم المشروعية من اختصاص القضاء العام، ولا يمنع من التنفيذ حتى يثبت أو يصدر قاض الموضوع قرارًا بالتوقف كما نص على ذلك نظام التنفيذ.

---

(١) المقصود بالمخالفة الثابتة قطعًا: إخراج المسائل الاجتهادية التي يسوغ الخلاف فيها؛ فإنها لا تمنع من التنفيذ، والعمل لدى قضاة التنفيذ - إذا لم ينص على المخالفة الشرعية بالورقة التجارية – هو التنفيذ وصرف النظر عن المنازعة لعدم الاختصاص استنادًا للمادة الثالثة من النظام، ويرى بعض الباحثين اختصاص قاض التنفيذ بنظر المنازعة في ذلك استنادًا للمادة التاسعة في لائحتها الأولى المتقدم بيانها.

الخاتمة

الحمدلله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبعد..

فقد كان من أبرز النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث ما يلي:

١- الائتمان مصطلح اقتصادي حقيقته إعطاء الثقة ومنحها من قبل الممول لعميله - طبيعيًا كان أو اعتباريًا - عند الإقراض والتمويل بواسطة أدوات ووسائل، منها: الأوراق التجارية.

٢- تسمية الائتمان ضمانًا - عند الاقتصاديين - داخل في المعنى العام للضمان، وهو الالتزام والاستيثاق للحقوق، والاحتياط لها بمثل: الرهن والكفالة، فكما أن الضمان من عقود التوثيق ووسائله الاستيفائية، فكذلك الائتمان.

٣- الأوراق التجارية: سندات أو صكوك مكتوبة قابلة للتداول بالتظهير أو التسليم، تمثل حقا نقديا مستحق الدفع بمجرد الاطلاع أو بعد أجل قصير، ويجري العرف على قبولها أداة وفاء تقوم مقام النقود، وتنحصر في الشيك والكمبيالة والسند لأمر

٤- الوظيفة التقليدية للأوراق التجارية: كونها وسيلة لتنفيذ عقد الصرف، وهي كذلك أداة وفاء في المعاملات كالنقود، كما أنها أداة ائتمان إذا تضمنت أجلا للوفاء بقيمتها.

٥- الكمبيالة والسند لأمر كلاهما يصلح للقيام بدور الائتمان، أما الشيك فيعجز عن ذلك؛ لأنه واجب الدفع لدى الاطلاع، فلا يصلح إلا للوفاء - ما لم يخرجه

ذوو الشأن عن وظيفته الأصلية بطريقة مستترة-.

٦- قد تستخدم الأوراق التجارية للضمان وذلك من خلال ما يسمى "بالتظهير التأميني"، ويعني: رهن الاوراق التجارية، بتسليمها إلى الدائن بتظهير يفيد الرهن.

٧-المتعاملون بالأوراق التجارية يخضعون لقانون خاص ينظمها يعرف "بالقانون الصرفي"، تمتاز قواعده بصرامتها وقسوتها على المدينين.

٨- نظام الأوراق التجارية هو الذي يحكم الفصل في قضايا الأوراق التجارية، وينظمها.

٩-من الشروط الموضوعية للأوراق التجارية: السبب، فلا بد أن يكون موجودًا ومشروعًا، وإلا بطلت الورقة التجارية وفقدت صفتها.

١٠-الأصل هو: وجود السبب ومشروعيته، ومن يدعي خلاف ذلك فعليه عبء الإثبات، ولا يلزم لصحة الورقة التجارية ذكره فيها.

١١- وظيفة الأوراق التجارية محددة بنظام الأوراق التجارية بنصوص آمرة لا يجوز لذوي الشأن الاتفاق على مخالفتها وتغيير وظيفتها، وطبقًا لهذه النصوص يعتبر الشيك أداة وفاء فقط، والكمبيالة والسندات لأمر أداة وفاء وائتمان.

١٢-إذا تضمن استخدام الكمبيالة والسند لأمر -كأداة ائتمان- مخالفة نظامية فإنه يعد موجبًا للعقوبة دون بطلان الورقة التجارية.

١٣- استخدام الشيك على سبيل الضمان - أي: كأداة ضمان وائتمان للعقود والالتزامات والديون-يفقده صفته كورقة تجارية، فيصبح سندًا عاديًا خاضعًا

للقواعد العامة، ويفقد الحماية الجنائية المقررة.

١٤- عدم وجود مقابل الوفاء عند إصدار الشيك يعد جريمة يعاقب عليها النظام.

١٥- لا يقبل الدفع بعدم وجود مقابل الوفاء بأن الشيك كان مسلمًا على سبيل الضمان، ما لم يثبت أنه قدم كذلك.

١٦- تحرير الشيك بتاريخ مؤجل - لقصد استخدامه كوسيلة ضمان - لا يبطله فيعد حالًا والأجل لاغيًا، وعلى من يدفع بأن سببه الضمان عبء الإثبات.

١٧- استخدام الكمبيالة والسند لأمر على سبيل الائتمان والضمان في عقود العمل مخالف لأحكام نظام العمل وأخلاقياته، ويتنافى مع حرية وكرامة العامل، ويتضمن الكذب، وهو ذريعة للظلم، وأكل المال بالباطل، وهضم حقوق العامل.

١٨- قد تستخدم الأوراق التجارية استخدامًا محظورًا شرعًا، أو يؤول لمحظور، أو يكون حيلة على المحرم، فيكون ممنوعًا شرعًا - إن ثبت ذلك - ومانع من تنفيذها.

١٩- لا يمكن حصر الاستخدامات - الممنوعة - للأوراق التجارية بيد أن إبطالها للأوراق التجارية موقوف على ثبوتها وفق القواعد العامة للدعوى، كما أن الاستخدام الممنوع نظامًا فقط - وإن أبطل الورقة التجارية - إلا أن الدين الذي تضمنته لا يسقط بذلك، فيمكن المطالبة به لدى قاض الموضوع، وإنما يسقط الالتزام الصرفي فقط.

٢٠- الشرط الجزائي مباح كسائر الشروط ما لم يتضمن مبالغة زائدة عن المعتاد في

التعويض عن الضرر، أو يؤدي للوقوع في الربا، وإدراجه ضمن العقود لا يأخذ حكمًا واحدًا بل يختلف بحسب ذلك كما يختلف في العقود المالية أو غير المالية، وفي الديون عن غيرها.

٢١- الشرط الجزائي منه ما هو مشروع أو ممنوع، ووجوده في الورقة التجارية لا يقتضي البطلان حتى يثبت مقتضاه ويتحقق وجود المانع أو المبطل.

٢٢- المنازعات الناشئة عن استخدام الأوراق التجارية للائتمان - المتعلقة بالحق العام والحماية الجنائية المقررة في النظام - تختص بها المحاكم الجزائية.

٢٣- المنازعات الناشئة عن استخدام الأوراق التجارية للائتمان، في الحق الخاص يختلف الاختصاص فيها بحسب محل المنازعة، فإن كان في موضوع الورقة فيختص بنظره قاض الموضوع، وإن كان في شروطها أو في إجراءات تنفيذها، فهذا مما يختص به قاض التنفيذ.

٢٤- الاستخدام المخالف للنظام في الأوراق التجارية منه ما يعود عليها بالبطلان فهذا مانع من تنفيذها؛ لاختلال وصفها كورقة تجارية، فلا تكون سندًا تنفيذيًا، ومنه ما لا أثر له على إبطالها - مع كون المخالفة موجبة للعقوبة - فهذا لا يمنع من التنفيذ.

٢٥- استخدام الشيك كأداة ائتمان أو ضمان مخالف لوظيفة الشيك وممنوع نظامًا، لكنه لا يبطله كورقة تجارية ابتداء حتى يثبت كونه ضمانًا زال مقتضاه؛ لزوال السبب بذلك.

٢٦- ثبوت بطلان الشيك - المستخدم للائتمان - لا يعني سقوط الحق بل بطلان الورقة التجارية وما تضمنته من الالتزام الصرفي وهذا مقصور على طرفي

العلاقة (الساحب والمستفيد) ولا يكون نافذا في مواجهة الحامل حسن النية.

٢٧- يمكن المطالبة بالدين المضمن في الورقة التجارية بعد بطلانها - لاستخدامها في الائتمان - لدى قاض الموضوع بمقتضى القواعد العامة كسائر الديون.

٢٨- المخالفة الشرعية في الأوراق التجارية إما أن تكون ثابتة قطعًا، وينص عليها صراحة في الورقة، فحينئذ يمتنع تنفيذها؛ لاختلال مشروعية السبب، وإما أن تكون غير ثابتة أو لم ينص عليها صراحة، فحينئذ يتم تنفيذها، ويكون نظر المنازعة في عدم المشروعية من اختصاص القضاء العام، ولا يمنع من التنفيذ ما لم يصدر قاض الموضوع قرارًا بالتوقف.

وختامًا أسأل الله تعالى - بمنه وكرمه - أن ينفع بهذا العمل الكاتب والقارئ، والله تعالى أعلم، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

ثبت المصادر والمراجع

(مرتبة هجائيًا)

١-الائتمان في الاقتصاد، على الرابط:

https://accdiscussion.com/acc15968.html

٢- أحكام الأوراق التجارية، سعد الخثلان، دار ابن الجوزي، الدمام، ط١، ١٤٢٥هـ.

٣- استخدام الشيك ومشكلاته العملية وحلولها في المملكة، عبدالفتاح سليمان، ١٤٢٥هـ

٤- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري، دار الكتب العلمية-بيروت-١٤٢٢ه، ط١، تحقيق: د. محمد تامر

٥- إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب، دار الجيل-بيروت-١٩٧٣، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد

٦- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، علي بن سليمان، دار إحياء التراث العربي-بيروت، تحقيق: محمد الفقي.

٧- الأوراق التجارية دراسة للقضاء، د علي جمال عوض، جامعة القاهرة، ١٩٩٥م

٨-الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، د سعيد يحيى، المكتب العربي الحديث، ١٤٠٥هـ

٩- الأوراق التجارية في النظام السعودي، د زينب سلامة، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٤١٩هـ

١٠- الأوراق التجارية في النظام السعودي، د عبد الله العمران، معهد الإدارة العامة، ١٤٠٩هـ

١١- الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية الواقية، عبدالرحمن قرمان، الشقري، ط١، ٢٠٠٨م

١٢- الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، أكرم ياملكي.

١٣- الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، بسام الطراونة وباسم ملحم، دار المسيرة.

١٤- الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، طالب موسى، دار الثقافة، عمان، ط ١ ١٤٣٢هـ

١٥- الأوراق التجارية وفقا لقانون التجارة العماني، عادل المقدادي، المكتب الجامعي الحديث.

١٦- الأوراق التجارية وفقا لنظام الاوراق التجارية واتفاقية جنيف، عبد الفضيل محمد، دار الفكر، مصر

١٧- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة-بيروت، ط٢

١٨- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب-بيروت-١٩٨٢، ط٢

١٩- (بطاقات الائتمان) ضمن أبحاث المجمع الفقهي في الدورة الخامسة عشرة

بمسقط، لوهبة الزحيلي

٢٠- بيع التقسيط وأحكامه (رسالة ماجستير)، سليمان التركي، دار إشبيليا، السعودية

٢١- البيع بالتقسيط أحكامه ووسائله المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، محمد تقي العثماني، ضمن أبحاث مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع - ص ٥٩٦

٢٢- تثبيت الاحتجاج في الأوراق التجارية وأثره دراسة مقارنة، عبدالعزيز العبدالكريم، اشراف عبدالرحمن قرمان، المعهد العالي للقضاء، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، ١٤٣٢هـ

٢٣-(التحليل الائتماني ودوره في ترشيد عمليات الإقراض المصرفي)، لكل من د عبد العزيز الدغيم، ود ماهر الأمين، وإيمان انجرو، في مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية المجلد (٢٨) العدد (٣)٢٠٠٦

٢٤-تضامن الموقعون على الأوراق التجارية دراسة مقارنة، محمد علي بني مقداد، عالم الكتب، إربد، ط١، ١٤٣٠هـ

٢٥-التعامل بالأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، مفيض الرحمن، دراسات الجامعة الإسلامية العالمية، المجلد الثالث، ديسمبر ٢٠٠٦م

٢٦- تنفيذ الأوراق التجارية في ضوء النظام السعودي، صالح القحطاني، ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤٣٦هـ

٢٧-الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي، دار

إحياء التراث العربي-بيروت، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون

٢٨- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه، دار الفكر بيروت، تحقيق: محمد عليش

٢٩- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، للماوردي، علي بن محمد بن حبيب، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٩هـ، ط١، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود

٣٠- حسم الأوراق التجارية: حقيقته وتكييفه الفقهي، أحمد شحدة أبو سرحان، ضمن المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية المجلد ١٣، ع٣ لسنة ٢٠١٧، على الرابط:

http://repository.aabu.edu.jo/jspui/handle/123456789/1324

٣١- دراسات في اجتهادات القضاء التجاري في مادة الأوراق التجارية (دراسة مقارنة بالمغرب)، د.احمد كويسي، ومحمد الهيني، ط٢، ٢٠١١م

٣٢- دراسات واستشارات قانونية، الإدارة القانونية بالغرفة التجارية بالمدينة المنورة

٣٣- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، دار الكتب العلمية - لبنان، تعريب: الحسيني

٣٤- الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، دار الغرب - بيروت - ١٩٩٤م، تحقيق: محمد حجي

٣٥- روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، المكتب الإسلامي، بيروت-١٤٠٥، ط٢

٣٦- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الفكر، تحقيق: محمد محيي الدين

٣٧- شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)، د فوزي محمد سامي

٣٨- شيكات الضمان، نهرو حجاج، على الرابط:

http://www.emiratesreview.ae/ar/?p=3163

٣٩- شيك الضمان والمسؤولية الجنائية، د.عبد القادر ورسمه غالب، على الرابط الآتي: http://www.raqaba.co.uk

٤٠- الفروع وتصحيح الفروع، محمد بن مفلح، دار الكتب - بيروت - ١٤١٨، ط١، تحقيق: حازم القاضي

٤١- القانون التجاري السعودي، د حمزة علي المدني، دار المدني، جدة، ط١، ١٤٠٦هـ

٤٢- قـــرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي على الرابط:

http://www.iifa-aifi.org/rr

٤٣- قـــرارات المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، على الرابط:

http://www.themwl.org/web/

٤٤- قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي، دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط١، ١٤٣١هـ

٤٥- الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي،

دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٧، ط١

٤٦- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر - بيروت - ١٤٠٢، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال

٤٧- لسان العرب، اسم المؤلف: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار النشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الأولى

٤٨- المبدع في شرح المقنع، لابن مفلح، إبراهيم بن محمد الحنبلي أبو إسحاق، المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠٠

٤٩- مجلة البحوث الإسلامية، الجزء ٣٢ الصقحة ٣٢٢، على الرابط الآتي:

http://www.alifta.net/Fatawa/Fatwaprint.aspx?languagename=ar&id=4584&BookID=2&sectionid=

٥٠- مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، على الرابط:

http://shamela.ws/index.php/book/8356

٥١- مجموعة المبادئ القانونية في الأوراق التجارية، وزارة التجارة.

٥٢- مختصر اختلاف العلماء، الجصاص / أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، دار البشائر الإسلامية - بيروت - ١٤١٧، ط٢، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد

٥٣- المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)، على الرابط: http://aaoifi.com/24188-2/

٥٤- معجم المعاني الجامع، على الرابط: https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D8%A6%D8%AA%D9%85%D8%A7%D9%86/

٥٥- معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا، دار الجيل - بيروت - لبنان - ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ط٢، تحقيق: عبد السلام محمد هارون

٥٦- المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، الطبعة: الأولى، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا

٥٧- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للحطاب، محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله، دار الفكر -بيروت-١٣٩٨، الطبعة: الثانية

٥٨- موسوعة المصطلحات الاقتصادية ٢، محمد حسن يوسف مدير بنك الاستثمار القومي، على الرابط:

http://www.saaid.net/Doat/hasn/159.htm

٥٩- الوجيز في أحكام الشيك وفقا للنظام السعودي، في ضوء نظامي الأوراق التجارية والتنفيذ، عرفات عبد الفتاح تركي، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط٢، ١٤٣٦هـ.



العِوَض في فسخ النكاح في النظام السعودي

دراسة تأصيلية تطبيقية

إعداد

د. مساعد بن حمد عبد الله الشريدي

أستاذ القانون المساعد بجامعة شقراء - القاضي بالمحكمة العامة في الرياض سابقًا



ملخص الدراسة

يأتي عنوان هذه الدراسة ضمن الموضوعات المندرجة تحت قوانين الأحوال الشخصية، أحد أهم أفرع القانون الخاص، وقد عنَيت كثير من الدول الإسلامية والعربية بتقنين وتدوين تلك النصوص، مستمدةً إياها من أحكام الفقه الإسلامي بحسب المذهب السائد في تلك الدول، وظلت المملكة العربية السعودية - حتى الآن - تنتهج في هذا الأمر الاجتهاد الذي يتوصل إليه ناظر القضية، فلم تدوِّن أحكام الأحوال الشخصية في نصوص نظامية، ما أدى إلى وجود كثير من الاجتهادات المختلفة حيالها، والواجب في المسائل القضائية أن يتم تدوين أحكامها، لاسيما إذا كانت ذات طابع كثير ومتكرر، ويمس شرائح في المجتمع، ومنه هذه المسألة، ويكمن فحواها في بحث مدى جواز إلزام الزوجة بإعادة المهر الذي استلمته من الزوج عند رفعها دعوى فسخ النكاح، وهو ما يسمى بعِوض الفسخ، وقد تم تناول هذه المسألة بتعريفها، وتمييزها عما يفارقها، ومن ثم ذكر موجبات الفسخ المباشر المتمثل في انعدام الكفاءة الدينية أو الدنيوية، وكذلك موجبات بعث الحَكَمين، ومن ثم إيراد الاتجاهات الفقهية التراثية من ناحية، والواقعية العملية من ناحية أخرى حول التعاطي مع هذه المسألة، مع العناية بالشواهد الواقعية والتطبيقات القضائية من محاكم المملكة العربية السعودية، ثم الخلوص إلى الراجح والصحيح في هذه المسألة بأدلته، وهو (عدم جواز إلزام الزوجة المدخول بها في نكاح صحيح بإعادة المهر إلا في حالات استثنائية قليلة)، وتم التوصية بإقرار مجموعة من النصوص الفقهية في هيئة مواد نظامية ترتب وتنظِّم خلاصة الإجراءات والأحكام الواجب اتباعها في هذه القضايا، والله سبحانه وتعالى والتوفيق.

مقدمة

تنهض الأمم منذ الأزل على روابط قربى وثيقة، وعقود طبيعتها الاستدامة، إلا من استثناءات تطرأ عليها، وقد اختلفت الشرائع مذ عهد أبينا آدم عليه السلام في طرائق الارتباط بين الجنسين وضوابطها، وما يباح منها وما يحرم، واستمر ذلك حتى جاءت شريعتنا الخالدة؛ لتجعل أي ارتباط بين الجنسين أصله التحريم، حتى تُستوفى شروط الميثاق الذي وصفه الله تعالى بالغليظ، فتُحفظ بذلك أواصر القربى، ومقصد من مقاصد هذا الشرع الكريم، تلك هي رابطة الزواج.

ولما كانت تلك الرابطة إحدى أهم دعائم المجتمع؛ اكتنفها الكثير من الأحكام، وأُفرد في بيانها المصنفات، وأُلفت في مضامينها الكتب، ودوِّنت في تفاصيلها الأبحاث، ودُرِّست أحكامها في صروح العلم، لتُستوفى جميع التساؤلات الكائنة في خلد الباحثين، وأذهان المستفتين، وأحكام القضاة والعالِمين، غير أن الكمال متعذِّر، والنقص جِبلَّة البشر، لاسيما وما يستجد من ظروف الحياة الاقتصادية والاجتماعية على مر العصور.

ومما أدركه الناس في زماننا ضعف بعض جوانب المروءات لدى عدد منهم، ما أدى إلى إقصاء شريحة ممن أوجب الشرع إكرامها بحجج واهية، لا سبيل إلى تبرير غالبها إلا بقلة الوازع الديني أو القِيَمي، وقد ازداد الأمر تعقيدًا حين أُيِّدت تلك الطرائق بأحكام قضائية، لم تكن في عدد منها رادعةً ولا متوافقةً مع نصوص الشريعة التي توافرت وتواترت على حرمة الأَبْضاع، واستقرار المهور بمجرد

استحلالها بعقد الزوجية.

ومن هنا كانت الانطلاقة نحو إيضاح جانب من الجوانب التي يكتنفها غموض وخطأ في التطبيق، عندما تعجز زوجة عن إثبات عيب شرعي في زوجها أو حتى لو كرهته كرهًا مجردًا، أيكون فراقها له مشروط برد الصداق على سبيل الإلزام، أم أن إعادة المهر ليس له إلا جانب التخيير؛ ليتم إيضاح هذه المسألة الهامة - التي لم أجد من تطرق لها - بحثًا وتفصيلًا وفقًا لما جرى عليه عمل غالب محاكم المملكة العربية السعودية، بالمقارنة مع نصوص فقهية وأخرى قانونية في نُظُم الأحوال الشخصية.

أهمية الدراسة:

يحتل التنظيم والتقنين في أروقة الدول المتحضرة مكانةً هامةً، لما فيه من إرشاد إلى الأحكام والإجراءات السارية على كافة الأفراد، وقد دأبت الجامعات ومنسوبوها على إمداد القطاعات العامة والخاصة، وكذا الباحثين والمطلعين؛ بالدارسات العلمية حول القضايا الحادثة، إسهامًا في استمرار نهوض أمتها، وكلما كثرت وتكررت حادثة ما - لاسيما إن كانت ذات مساس بشرائح كبيرة - فإنه يتعين عندها على الباحثين والمختصين إمداد المجتمع بالحلول الناجحة النافعة لها بعد شرحها وإيضاح مفاهيمها وجوانب غموضها، ومن أهم تلك المسائل والحوادث: حالات دعاوى الفسخ التي تكتظ بها محاكم المملكة العربية السعودية من غير إجراء واضح وظاهر للجميع، يتوافق مع نصوص المشرِّع الحكيم سبحانه، وشروحات فقهاء الأمة، ما جعل الأمر متروكًا لاجتهادات القضاة التي تختلف نتائجها - تبعًا لاختلاف ناظِرها ورؤيته ومدى عمق تأهيله - ما يستوجب

العناية بالجانب التنظيمي الحاسم للنزاعات في المسائل المتكررة والهامة، وسن نصوص إجرائية وموضوعية مرجعية تكون في متناول الجميع من قضاة ومتخاصمين، يتوحّد بها الإجراء ويتوافق من خلالها الحكم في كافة القضايا المنظورة أو في غالبها الأعم، وما هذه الدراسة التي بين أيدينا إلا مساهمة في إيضاح جانب اكتنفه الكثير من الغموض، واختلفت فيه أحكام القضاء؛ علَّها أن تكون مساهمةً فاعلةً في إيجاد الحلول والتوصيات النافعة.

الدراسات السابقة.

لم أقف من خلال بحثي واطلاعي على دراسة متخصصة لهذا الجانب من الأحوال الشخصية، ويوجد العديد من الدراسات في عمومات معاني الخلع والفسخ وأحكام الطلاق ونحوها، ولكن المسألة التي بين أيدينا إنما مجالها في إيضاح مدى جواز الإلزام بدفع العوض من عدمه، بالمزج بين التنظير والواقع، وإبراز مكامن الخلل وسبل العلاج، وذلك بإيراد شيء من تعاريف وشروحات الفقهاء وتطبيقها على بعض الوقائع القضائية للخلوص إلى نتيجة وتوصية صالحة للتطبيق.

منهج الكتابة.

سيكون المنهج العلمي السائد هو المتبع في الكتابة من حيث التعريف بالمسألة، وبالمصطلحات ذات العلاقة، والإحالة إلى المصدر العلمي نهاية كل معلومة مستقاة من مرجع معين، ووضع الآيات بالرسم العثماني، بين قوسين مزهرين ﴿﴾، والأحاديث بين أقواس بهذا الشكل (())، وأقوال العلماء أو غيرهم بين علامتي تنصيص بهذا الشكل " "، وسيتضمن المنهج زيادةً على ما سبق تطبيقات

واقعيةً من قضايا مُكْتسِبة للصفة النهائية في محاكم المملكة العربية السعودية، مع الإحالة إلى رقم قرارها، والتَعليق على حكمها إيجابًا أو سلبًا في حينه، وستنتهي الدراسة إن شاء الله إلى توصيات ذات صياغة قانونية تتوافق والاتجاهات الحديثة في سن الأنظمة.

تقسيمات الدراسة.

سيتم تقسيم الدراسة على النحو التالي:

المبحث الأول: التعريف بمفردات العنوان، وفيه أربعة مطالب.

المطلب الأول: تعريف العِوض، وفيه فرعان.

الفرع الأول: العِوض في اللغة.

الفرع الثاني: العِوض في الاصطلاح.

المطلب الثاني: تعريف الفسخ، وفيه ثلاثة فروع.

الفرع الأول: الفسخ في اللغة.

الفرع الثاني: الفسخ في الاصطلاح.

الفرع الثالث: الفرق بين الفسخ والخلع والطلاق.

المطلب الثالث: تعريف النكاح، وفيه فرعان.

الفرع الأول: النكاح في اللغة.

الفرع الثاني: النكاح في الاصطلاح.

المطلب الرابع: تعريف العِوض في فسخ النكاح باعتباره عَلَمًا وأنواع الفسخ، وفيه فرعان.

الفرع الأول: تعريف العِوض في فسخ النكاح باعتباره عَلَمًا.

الفرع الثاني: أنواع فسخ النكاح.

المبحث الثاني: حكم بذل العوض لأجل الفراق، وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: حكم طلب المرأة فراق زوجها.

المطلب الثاني: بذل العوض عند غير الحاكم.

المطلب الثالث: بذل العوض عند الحاكم، وفيه خمسة فروع.

الفرع الأول: الأسباب الموجبة للفسخ المباشر، وفيه أربعة مسائل.

المسألة الأولى: الأسباب المبنية على تحريم النكاح.

المسألة الثانية: الأسباب المبنية على انعدام الكفاءة.

المسألة الثالثة: الأسباب المبنية على مخالفة شرط صحيح في النكاح.

المسألة الرابعة: الأسباب المبنية على عيوب في النكاح.

الفرع الثاني: حكم الإلزام ببذل العوض، وفيه ثلاثة مسائل.

المسألة الأولى: أن تكون الزوجة غير مدخول بها.

المسألة الثانية: أن تكون الزوجة مدخولًا بها، وفيها ثلاث حالات.

الحالة الأولى: ثبوت سبب الفسخ المباشر.

الحالة الثانية: عدم ثبوت سبب الفسخ المباشر.

الحالة الثالثة: عدم وجود سبب الفسخ المباشر.

الاتجاه الأول: لا يحل الأخذ ولا الإلزام مطلقًا.

الاتجاه الثاني: يحل الأخذ ويحل الإلزام مطلقًا، لاسيما في حال الكره ونحوه.



الاتجاه الثالث: يحل الأخذ في حال الكره ونحوه ولا يحل الإلزام مطلقًا.

المسألة الثالثة: خطوات رفع دعوى الفسخ.

الفرع الثالث: وقت استقرار المهر.

الفرع الرابع: دور الحَكَمين.

الفرع الخامس: مدة دعوى الفسخ.

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

فهرس المراجع.



المبحث الأول
التعريف بمفردات العنوان

قبل الشروع في إيضاح أي حكم؛ يتوجب على الباحث إيضاح معاني المصطلحات المستخدمة فيه، وفي المسألة التي عنون له بها، حتى لا تختلط بغيرها فيصعب على المتلقي - باحثًا كان أو مستفتيًا - معرفة الحكم، وما الاختلافات في أحكام كثير من المسائل إلا نتاج واضح لاختلاف المفاهيم في المصطلحات، فما أن تتوحد الأفهام في معنى مصطلح ما، إلا ويتقلص الخلاف لحد قد يقارب الإجماع، ومن هنا كان لزامًا إيضاح المراد بالمفردات التي عُنون بها هذا البحث، لنتمكن بعد ذلك من الخوض في أحكامه، وتفسير مصطلحاته، وبيان أقوال العلماء، وأدلتهم، وترجيح ما يظهر لنا منها راجحًا.

المطلب الأول: تَعريف العِوَض.

الفرع الأول: العِوَض في اللغة.

العِوَض في اللغة: البدل، والجمع أعواض، تقول: عضت فلانًا وأعضته وعوَّضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه(١).

الفرع الثاني: العِوَض اصطلاحًا.

للعوض في اصطلاح الفقهاء تعاريف عديدة تتفق في المعنى، وتختلف في مفردات التعبير عنها، فقيل بأن العوض هو: دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير(٢)، وقيل: العوض قيام شيء مقام آخر(٣).

---

(١) لسان العرب، محمد ابن منظور، (٣١/ ٣١٧٠)، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، ج (١)، مادة عوض.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، (١٣/ ٣٥)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية.

(٣) التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤوف المناوي، دار الفكر – بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ، تحقيق: د. محمد رضوان الداية.



المطلب الثاني: تعريف الفسخ.

الفرع الأول: الفسخ في اللغة.

الفسخ في اللغة: من فسخ الشيء يفسخه فسخًا فانفسخ: نقضه فانتقض، ويقال: فسخت البيع بين البيعين والنكاح فانفسخ البيع والنكاح أي نقضته فانتقض[١].

الفرع الثاني: الفسخ اصطلاحًا.

يطلق الفسخ ويراد به عدد من المعاني، يجمعها: التفريق بين شيئين، فإن كان في البيع فله معنى، وإن كان في الحج فله معنى، وإن كان في النكاح فله معنى، وفي كل شيء بحسبه.

فالفسخ من حيث العموم هو في الاصطلاح: حل ارتباط العقد[٢].

ففسخ النكاح هو: نقض للعقد وحل لارتباط الزوجية من أصله وكأنه لم يكن، ويكون بحكم القاضي أو بحكم الشرع.

الفرع الثالث: الفرق بين الفسخ والخلع والطلاق.

جميع هذه المصطلحات مآلها إلى حل رابطة عقد الزوجية، إلا أن الاختلاف بينها له نواحٍ منها ما يوحي بالمصدر، ومنها ما يصير إلى الأحكام، أما ما يوحي

---

(١) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، (٣٧/ ٣٤١٢)، مادة فسخ.

(٢) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، (١/ ٣٢٨). و: الأشباه النظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، (١/ ٢٨٧).

بالمصدر: **فالطلاق مصدره من الزوج، والخلع من الزوجة، والفسخ من القاضي؛** ذلك أن الطلاق لا يكون إلا بإرادة منفردة من الزوج، ويُنتج آثارًا لا تكون كآثار الخلع أو الفسخ، ومن ذلك الرجعة ومدة العدة، وأما الخلع إنما يكون ابتداءً من الزوجة باستعدادها ببذل العوض، فإن وافقها الزوج وأخذ العوض كان خلعًا، وإن امتنع كان لها التقدم إلى الحاكم، فإن رأى الحاكم ما يوجب الفرقة بينهما وأصدر حكمًا بذلك كان فسخًا، ولكل معنى من هذه المعاني أحكام وآثار ليس هذا موطن بسطها، وما يعنينا أن نعلم أن مصدر الطلاق من الزوج، والخلع من الزوجة، والفسخ من القاضي.

وسوف يكون نطاق بحثنا عن العِوض عند فسخ النكاح الذي يكون مصدره القاضي، وما يستتبع ذلك من مسائل وأحكام.

المطلب الثالث: تعريف النكاح.

هذا المصطلح هو العنصر الثالث في عنوان هذا البحث، ويحسن بنا إيضاحه رغم شهرته، غير أن إيضاحه وفق لغة العرب واصطلاح الفقهاء أمر لازم لإتمام فكرة البحث، وإيصال غايته إلى القارئ والمطلع والباحث.

الفرع الأول: تعريف النكاح لغةً.

أصل النكاح في كلام العرب الوطء، وقيل للتزوج: نكاح؛ لأنه سبب للوطء المباح، فالنكاح هو الوطء، وقد يكون العقد، تقول: نكحتها، ونكحت هي، أي: تزوجت، وهي ناكح في بني فلان، أي: ذات زوج منهم، ورجل نكحة ونكح: كثير النكاح[(١)].

الفرع الثاني: تعريف النكاح اصطلاحًا.

النكاح في اصطلاح فقهاء الشرع هو: عقد التزويج[(٢)].

وهو عند الحنابلة: أن يعقد على امرأة بقصد الاستمتاع بها، وحصول الولد، وغير ذلك من مصالح النكاح[(٣)]، ولكل مذهب تعريفه الخاص، وهو لا يخرج عن المعنى العام الوارد في تعريف الحنابلة.

---

(١) ينظر: لسان العرب، ابن منظور (٤٩/ ٤٥٣٧)، مادة نكح.

(٢) المغني، عبد الله بن أحمد بن قدامة، تحقيق: د. عبد الله التركي، (٩/ ٣٣٩)، و: الموسوعة الفقهية، (٤١/ ٢٠٥).

(٣) الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، (١٢/ ٥).

المطلب الرابع: تعريف العِوض في فسخ النكاح باعتباره عَلَمًا وأنواع الفسخ.

يتضح من خلال المباحث السابقة معنى كل مفردة من مفردات عنوان البحث، ما يسهل معه إيضاح المعنى الإجمالي لهذه المفردات عند اجتماعها؛ إذ إنها موصلة إلى الهدف الرئيس من الدراسة، فمن خلال ما سبق من تعاريف لغوية واصطلاحية، وما تم ذكره في المقدمة من أسباب للتطرق لهذا الموضوع؛ أستطيع التوصل إلى تعريف للعنوان وتقسيم لأنواع الفسخ.

الفرع الأول: تعريف العِوض في فسخ النكاح.

العِوض في فسخ النكاح هو: المهر الذي تعيده المرأة لزوجها، نقدًا كان أو عَرَضًا، لقاء تفريق القاضي بينهما، وإصداره حكمًا بذلك، سواء كان البذل للمال قبل الحكم أو بعده.

شرح التعريف:

إن المرأة عندما تتقدم إلى الحاكم بطلب فسخ نكاحها من زوجها، سواء كانت هناك أسباب معتبرة موجبة للفسخ المباشر بدون بعث حكمين، أو لم يكن إلا الكره المحض ونحوه مما يوجب بعث حَكمين، فإن الحاكم لا يلجأ مباشرةً إلى التفريق حتى يجري محاولات في التوفيق بين الزوجين، إما على نطاقه الشخصي أو ببعث حكمين، فإن اقتنع الزوج بالفراق واشترط مالًا فقبلت الزوجة كان هذا خلعًا، ويثبته الحاكم على هذا النحو، وإن لم تقبل الزوجة بدفع المال ورأى القاضي وجوب ذلك ليتم فسخ النكاح والحكم به، فإن هذا المال يسمى عِوضًا لفسخ النكاح، ويستوي في هذا المال أن يكون نقدًا كالدراهم والدنانير وسائر العملات



الأخرى، أو عَرَضًا كحديقة وبستان أو مركبة أو غيرها من العروض والأعيان.

الفرع الثاني: أنواع فسخ النكاح.

ينقسم فسخ النكاح الذي يصدر من القاضي إلى نوعين تبعًا للسبب الذي يقوم عليه الفسخ أو درجة ثبوته.

النوع الأول: الفسخ المباشر للنكاح.

وهو الذي بمقتضاه يقوم القاضي بفسخ نكاح المرأة من زوجها من دون بعث حَكَمين نتيجة سبب معتبر في ذلك، شريطة ثبوته بإقرار أو بينة، كالأسباب القائمة على اعتبار كفاءة الدِّين بأن يثبت فسق الرجل مع المرأة الصالحة، أو يظهر عيب في الرجل من شأنه عدم حصول المقصود في الحياة الزوجية، كما لو كان عنينًا، أو طرأت عليه العنة، أو كان به جنون أو خرف ونحوها، وسنأتي على بيان تلك الأسباب إن شاء الله في المباحث اللاحقة(١).

النوع الثاني: الفسخ بعد بعث الحَكَمين.

وهو الفسخ الذي يكون من القاضي بعد اتخاذه إجراءً شرعيًا هامًا وهو بعث الحَكَمين، وذلك لا يكون إلا في أحد حالين:

١- إما أن يكون في حالة **عدم ثبوت** السبب المعتبر في الفسخ المباشر، كأن تدعي الزوجة على زوجها تعاطيه المسكرات أو معاشرته للأجنبيات، ولكنها لا

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٥٦)، و: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، شمس الدين الطرابلسي المعروف بالحطاب الرعيني، (٥/ ٨٦).

تثبت ذلك بالبينة ولا يقر به الزوج[١].

٢-أو أن يكون في حالة **عدم وجود** السبب المعتبر في الفسخ المباشر، بأن يكون سبب طلب الفسخ مبني على أسباب لا تتعذر معها في الجملة استقامة الحياة الزوجية، كما لو ادعت دمامة الزوج، أو قصره، أو عابت عليه لون بشرته، أو أنها كرهته كرهًا مجردًا عن سبب، ونحوها[٢].

ففي هاتين الحالتين لا يفسخ القاضي النكاح إلا بعد بعث الحكمين لمحاولة الإصلاح بين الزوجين، ولهما عرض الافتداء على الزوجة، سواء بكامل الصداق أو بجزء منه، عرض إصلاح وإرشاد لا إلزام وإيجاب، وبعدها يرفع الحكمان أمر الزوجين إلى القاضي؛ ليقرر ما يقتضيه موقف الشارع الحكيم وفق ما يظهر له من أقارير وبينات.

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٢٦٣)، و: بداية المجتهد، ابن رشد، (٢/ ٩٨).

(٢) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٢٦٤)، و: بداية المجتهد، ابن رشد، (٢/ ٩٨)، و: مغني المحتاج، الخطيب الشربيني، (٣/ ٢٦١).



المبحث الثاني
حكم بذل العوض لأجل الفراق

قد يبدو للمطلع في أول وهلة أن المسألة محسومة بأقوال العلماء مما يجب معه حفظ الوقت وتسخير الجهد نحو ما فيه مزيد فائدة، غير أن هذه النظرة وإن كان لها جانب من الصحة، إلا أن الواقع العملي وعلى الأخص في محاكم المملكة العربية السعودية لا يبدو منه اتضاحها، فالمطلع على هذا النوع من قضايا الأحوال الشخصية في المملكة، والمتتبع للإجراءات المتخذة في كثير من محاكم الدرجة الأولى، والعديد من قرارات محاكم الاستئناف حيالها، يجد بونًا شاسعًا بينها وبين ما دلت عليه نصوص الشريعة وأقوال العلماء، ما انعكس أثره سلبًا في نظر هذا النوع من القضايا، وعلى ممارسات قليلي المروءات من الأزواج في المضارَّة بنسائهم حتى لو كانوا قد دخلوا بهن أو كنَّ قد أنجبن لهم الأولاد، وفي جميع ذلك إلحاق بالغ الضرر على الزوجة طالبة الفراق بما لا مبرر له، وغاية السبب فيما يظهر - والله أعلم - هو عدم التفريق بين جواز بذل المرأة للعوض، ووجوب بذل المرأة للعوض عند طلبها فسخ النكاح.

فإذا ادعت المرأة على زوجها عيبًا أو أكثر من شأنه عند الثبوت فسخ النكاح مباشرة من غير عوض وبدون بعث حَكَمين، كادعائها تعاطيه المخدرات والمسكرات، أو معاشرته لنساء أجنبيات، أو زعمها سوء عشرته لها، إما بالتقصير في النفقة، أو كثرة الضرب المبرح، أو نحو ذلك، فإن ثبتت هذه الدعاوى فَسَخ القاضي نكاحها على غير عِوض، وحَكم بذلك - قولًا واحدًا - بعد استيفاء

الإجراءات الثبوتية، وموطن التساؤل إنما هو في حال عجزها عن إقامة البينة على مثل هذه الدعاوى، أو حتى في حال كرهها المحض لزوجها من دون وجود أي سبب أو عيب يلحق به، بأن تذكر كرهها له أو عدم استحسانها العيش معه، ولا تعيب عليه شيئًا في خلق ولا دين، وإنما ترغب فراقه، فهل في هاتين الحالتين تُلزم الزوجة ببذل العوض عند عجز الحَكَمين عن الإصلاح بينهما ؟ أم أننا ننظر في حالها فإن كان زوجها لم يدخل بها ولم يستحل بضعها، فإننا نلزمها ببذل العوض وإعادة المهر، وإن كان قد دخل بها ومكَّنته من نفسها فاستحل منها ما لم يستحله غيره وجامعها، فلا عوض له ألبتة، ويكون الصداق والمهر الذي بذله لها مقابل ما استمتع به منها، هذا هو مثار التساؤل، وموطن الإشكال الذي سيتم بحثه إن شاء الله وفق نصوص الشريعة الغراء، وما جرى عليه العَمَل في محاكم المملكة العربية السعودية.



المطلب الأول: حكم طلب المرأة فراق زوجها.

قبل الشروع في بيان حكم العوض بذلًا وامتناعًا يجب التنبيه إلى حرمة طلب الزوجة فراق زوجها من غير ما بأس، والدليل على ذلك قول رسول الله ﷺ: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس؛ فحرام عليها رائحة الجنة»(١)، فدل الحديث على وجوب انقياد المرأة لزوجها، وطاعتها له، وعدم جواز مطالبتها بالفراق إلا من سبب مشروع، وعليه فلا يسوغ للمرأة على الإطلاق التشهي في اختيار الأزواج، وفراق من ترغب منهم إلا بموجب شرعي يتعذر معه استمرار حياتها بجانبه، فالواجب على المرأة الصبر على زوجها وعلى الزوج الصبر على زوجته، وليعلم كل منهما أن الصفاء الدائم متعذر الحصول، ولكن كما قال رسول الله ﷺ: «لا يَفْرَكْ مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقًا رضي الآخر»(٢)، وهو في المرأة آكد.

غير أن حرمة طلب المرأة فراق زوجها من غير ما بأس **لا يعني وجوب منعها قضاءً من طلب الفراق**، فلها التقدم للحاكم بطلب الفراق، وللقاضي إصدار حكمه بما يظهر له من الوقائع وفق نصوص الكتاب والسنة وأقوال فقهاء الأمة.

---

(١) رواه أحمد في المسند، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ، (٣٧/ ٦٢ حديث رقم٢٢٣٧٩)، وصححه الألباني في الجامع الصغير، صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، ص (٤٤٨ حديث رقم٤٤٧١).

(٢) رواه الإمام مسلم، صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، بيت الأفكار الدولية، ١٤١٩هـ، كتاب الرضاع، باب الوصية بالنساء، ص (٥٨٦ حديث رقم١٤٦٩).

المطلب الثاني: بذل العوض عند غير الحاكم.

يتدخل بعض ذوي الزوجين عند نشوء نزاع بينهما في وأد تطوراته بإقناع الطرفين بالفرقة على عوض أو غير عوض، فإن كان اتفاقهم على بذل العوض لقاء تطليق الزوج زوجته؛ كان هذا الطلاق خلعًا على الصحيح من أقوال العلماء(١)، وجاز للزوج أخذه في الأحوال التالية:

الحالة الأولى: أن يكون بذل الزوجة للعوض عن طيب نفس منها، لقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء:٤]، ولقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب من نفسه»(٢)، وإن لم يكن بطيب نفس منها، فلا يحل للزوج الأخذ.

الحالة الثانية: أن تكون الزوجة قد كرهت زوجها كرهًا محضًا من غير سبب موجب للفسخ المباشر، كما في حديث امرأة ثابت بن قيس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا؛ إذ جاءت إلى الرسول ﷺ فقالت: يا رسول الله! ثابت لا أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟» قالت:

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني، تحقيق: أنور الباز، دار الوفاء، الطبعة الثالثة، ١٤٢٦هـ، (٣٢/ ٣٠٦)، وقد جاء فيها ما نصه: "فالطلاق المطلق في كتاب الله يتناول الطلاق الذي يوقعه الزوج بغير عِوض، فتثبت له فيه الرجعة، وما كان بعوض فلا رجعة له فيه، وليس من الطلاق المطلق، وإنما هو فداء تفتدي به المرأة نفسها من زوجها". اهـ، و: ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٣٠٤).

(٢) رواه الدارقطني في سننه، سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني البغدادي، دار المعرفة، بيروت ١٣٨٦هـ، تحقيق: السيد عبد الله هاشم المدني، (٣/ ٢٦ حديث رقم٩١)، وصححه الألباني في الجامع الصغير وزيادته، صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، ص (١٣٦٢ حديث رقم٧٦٦٢).

نعم، فقال رسول الله ﷺ لثابت: «اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة»[1]، ومثل ذلك لو كرهته لطول أو قصر أو دمامة ونحوها مما هو خارج عن الأسباب المعتبرة الموجبة للفسخ المباشر، والتي سنأتي على شيء منها إن شاء الله في المبحث التالي.

الحالة الثالثة: إتيان الزوجة بفاحشة مبيِّنة، وهي الزنى في الراجح من أقوال العلماء[2]، فيجوز للزوج حينئذ مضارتها، وأخذ العوض منها حتى لو لم تطب نفس الزوجة به؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [النساء:١٩]، وجواز الأخذ للزوج لا يعني إلزام الزوجة قضاءً بالدفع على ما سيأتي بيانه إن شاء الله.

وما سوى ذلك من الحالات؛ فلا يجوز ولا يحل للزوج أخذ العوض من الزوجة مقابل فراقه لها، سواء بطلاق أو خلع أو فسخ، حتى وإن صدر به حُكم قضائي، فالأحكام القضائية إنما هي مبنية على الثبوت بإقرار أو بينة ولا تغير الأشياء عن حقيقتها، فمن عجز عن إثبات دعواه؛ لا يعني جواز استحلال ماله، قال رسول الله ﷺ: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع؛ فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذه؛ فإنما أقطع له قطعةً من النار»[3].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه، الجامع الصحيح، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم المغيرة البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ، (٧/ ٤٧)، رقم/ ٥٢٧٣).

(٢) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد القرطبي، دار عالم الكتب، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ، (٥/ ٩٥)، و: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٢٦٨)، و: بداية المجتهد، ابن رشد، (٢/ ٦٨)، و: الكافي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، (٤/ ٤٠٧).

(٣) رواه البخاري في صحيحه، (٩/ ٦٩ حديث رقم٧١٦٩).

المطلب الثالث: بذل العوض عند الحاكم.

حين لا تفلح محاولات الزوجين أو ذوي القربى في وأد النزاع القائم بينهما، سواء بالطلاق أو الخلع، فإن للزوجة عند إصرارها على الفرقة التقدم إلى القاضي بطلب فسخ النكاح، إذ لم يجعل الشارع عقدة النكاح بيدها، وللقاضي عندها اتخاذ عدد من الإجراءات الواجبة قبل تفريقه بين الزوجين، تتمثل في السعي في التوفيق بينهما، والاطلاع على الأسباب، وتقدير مدى وجاهتها وصلاحيتها للاعتبار، وطلب البيِّنات، وبعث الحَكَمين، ثم بعد ذلك فسخ النكاح عند لزوم الأمر والحكم بذلك، سواء كان الفسخ على عوض أو على غير عوض، وفي المقابل قد تكون الدعوى قائمةً من الزوج على زوجته بطلب العِوض على الطلاق، إما لغشٍّ أو تدليس أو نشوز أو نحوه صادر من الزوجة، وجميع تلك الأحوال يتحقق منها الحاكم بما يظهر له من حال الزوجين وبيِّناتهما.

ويستحسن قبل الخوض في بحث مسألة عِوض فسخ النكاح أن نتطرق للأسباب الموجبة للفسخ، إذ إنَّ مراتبها ليست على حد سواء في الوجاهة وفي استحقاق العوض، فمن الأسباب ما هو غير معتبر شرعًا في الفسخ المباشر، كالكره المحض أو الكره لطول الزوج أو قصره أو وسامته أو دمامته، ومن الأسباب ما له وجاهة واعتبار شرعًا في الفسخ المباشر كفسق الزوج أو عجزه عن النفقة أو عجزه عن المعاشرة، ونحوها.

ولهذا سنقسم المبحث إلى مطلبين، الأول في بيان الأسباب الموجبة للفسخ المباشر، والآخر في حكم الإلزام ببذل العوض.



الفرع الأول: الأسباب الموجبة للفسخ المباشر.

بعد إتمام عقد الزواج قد يظهر أو يطرأ على الزوجين ما لا يمكن لهما إتمام العشرة معه، وهذه الأسباب منها ما يتعذر معه ألبتة وجود عقد زواج، كما لو اتضح أن الزوجة أخت أو عمة للزوج بطريق الرضاع، فالقاضي والحال هذه يفرق بينهما، ودوره ليس الفسخ لعدم وجود العقد أصلًا، وإنما دوره الكشف فيفرق بين هذه المرأة وذلك الرجل لوجود رابطة أخوة الرضاع بينهما، وقد تظهر أسباب يمكن للزوجين البقاء مع بعضهما إن رضيا بذلك، كما يمكن للمرأة التقدم للحاكم مطالبةً بالفسخ، **وهذه الأسباب لا حصر لها، ولكن سنأتي على نماذج منها، تقريبًا للأفهام لا حصرًا للوقائع.**

فلا تخلو الأسباب الموجبة للفسخ من أن يظهر للزوجة أنها من المحرمات على الزوج، أو أن بزوجها عيب لم يُطْلِعها عليه، أو أن به عيبٌ طرأ، أو أن يكون غير كفؤ لها ديانةً أو حسبًا أو غير ذلك على النحو الآتي في الفروع التالية.

المسألة الأولى: الأسباب المبنية على تحريم النكاح.

إذا ظهر للمرأة أو الرجل أن الطرف الآخر من المحرَّمين عليه؛ فلا يحل له الوطء، ولا يحل لها التمكين، ويجب عندئذٍ رفع أمرهما إلى الحاكم، ويصدر القاضي حكمه بالتفريق بينهما، لعدم وقوع العقد في أصله، كما لو كانت المرأة أختًا للرجل لاسيما في الرضاعة - إذ حدث عدد من هذه الوقائع - فإذا كانت المرأة أختًا للرجل أو بنتًا أو حفيدةً أو عمةً أو خالةً أو ابنة أخ أو ابنة أخت أو أمًا أو جدةً أو زوجةً لأبيه أو زوجةً لابنه - رضاعًا كان أو نسبًا - فإنها تحرم عليه، ويجب التفريق

بينهما تفريقًا أبديًّا(١)؛ لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ [النساء:٢٣]، وكذا الحال في امرأة لاعَنَها زوجها؛ لحديث: «مضت السنة في المتلاعنين: أن يُفرق بينهما، ثم لا يجتمعان أبدًا»(٢)، قال الموفق: "ولا خلاف بين أهل العلم في أنه إذا لم يُكْذِب نفسه لا تحل له"(٣)، وقال رسول الله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»(٤)، ومما يوجب التفريق لأجل التحريم جمع الرجل بين المرأة وأختها؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾، أو زواجه بأكثر من أربع نسوة، أو زواجه من المعتدة من غيره، أو زواجه ممن طلقها ثلاثًا قبل أن تنكح زوجًا غيره لقوله ﷺ: «لا حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك»(٥)(٦).

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة، (٩/ ٥١٣-٥١٩).

(٢) رواه الدارقطني في سننه، باب المهر، (٣/ ٢٧٦ حديث رقم١١٧)، وصححه الألباني، السلسلة الصحيحة، محمد ناصر الدين الألباني، (٥/ ٤٦٤ حديث رقم٢٤٦٥).

(٣) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١١/ ١٤٩)، و: الملخص الفقهي، د. صالح الفوزان، دار ابن الجوزي، (٢/ ٢٦٩).

(٤) رواه البخاري في صحيحه، (٣/ ١٧٠ حديث رقم٢٦٤٥).

(٥) رواه البخاري في صحيحه، (٣/ ١٦٨ حديث رقم٢٦٣٩).

(٦) ينظر: ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٥٧٦، ٨٢)، و: المادة (١٦، ١٤، ١٣) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، والمادة (٢٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.



المسألة الثانية: الأسباب المبنية على انعدام الكفاءة.

الكفاءة في اللغة: المساواة والمماثلة(١).

وفي الاصطلاح: المساواة بين الزوجين في الدين، والنسب، والحرية، والصناعة، واليسار(٢)، فإذا انعدمت الكفاءة كان للزوجة التقدم بطلب فسخ النكاح.

والكفاءة على خمسة أضرب:

١- كفاءة الدين.

وهي أعلاها، فليس الكافر كفؤًا للمسلمة، ولا الفاجر الفاسق كفؤًا للعفيفة(٣)؛ لأن الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية، غير مأمون على النفس والمال، مسلوب الولايات، ناقص عند الله تعالى وعند خلقه، قليل الحظ في الدنيا وفي الآخرة، فلا يكون كفؤًا لعفيفة ولا مساويًا لها، لكن يكون كفؤًا لمثله، كالزاني وشارب الخمر ومتعاطي المسكرات ونحوها من الكبائر؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلطَّيِّبَٰتُ لِلطَّيِّبِينَ وَٱلطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَٰتِ﴾ [النور:٢٦].

٢- كفاءة الحرية.

فالرقيق لا يكافئ الحرة؛ لأن نقص الرق كبير، وضرره بيِّن، فإنه مشغول عن امرأته بحقوق سيده، ولا ينفق نفقة الموسرين، ولا ينفق على ولده، وهو كالمعدوم

---

(١) ينظر: القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، ص (٦٣)، و: لسان العرب، ابن منظور، (١/ ١٣٩).

(٢) الملخص الفقهي، د. صالح الفوزان، (٢/ ٢٦٧).

(٣) الملخص الفقهي، ص (٢٦٧)، والمغني، ابن قدامة، (٩/ ٣٩١)، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة.

بالنسبة إلى نفسه، فمن عتقت تحت زوج رقَيق فُسخ نكاحها منه، بمجرد اختيارها من غير حاجة لحكم حاكم، صرّح بذلك الحنفية لظهوره، وعدم الخلاف فيه(١)؛ لأن النبي ﷺ خيَّر بريرة حين عُتقت تحت عبد حيث قال لها: «لو راجعتيه»، فقالت: يا رسول الله: أتأمرني ؟ فقال ﷺ: «إنما أنا شفيع»، قالت: فلا حاجة لي فيه(٢)، وكما قد دلَّ الحديث على انفساخ النكاح باختيار الزوجة، فقد دل على صحة نكاح العبد للحرة؛ لأن النبي ﷺ شفع لمغيث عند بريرة، ولا يشفع النبي ﷺ في أن تنكح عبدًا إلا والنكاح صحيح، وإذا تزوَّجت الحرة من العبد من غير علمها ولا رضاها أو من غير رضا وليها وعلمه، كان لها الفسخ بدون عوض، فإن علمت ورضيت ورضي بعض أوليائها، لاسيما من كان أقرب درجة لم يكن لباقي الأولياء الفسخ(٣).

٣- كفاءة النسب.

إذا كان الزوجان حُرَّين، وتختلف أنسابهم شرفًا، كالهاشمية مع القرشي، والقرشية مع العربي، والعربية مع الأعجمي، ونحو ذلك، فاعتبارها في فسخ النكاح عائد إلى العرف، قال ابن قدامة: "فإذا أطلقت الكفاءة، وجب حملها على المُتعارف"(٤)، وهي في الجملة معتبرة؛ لقول عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "لأمنعن فروج ذوات

---

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، باب زواج العبد بالحرة، (٢٣/ ٥٧).
(٢) رواه البخاري في صحيحه، باب من انتظر حتى تُدفن، (٧/ ٤٨ حديث رقم٥٢٨٣).
(٣) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، باب زواج العبد بالحرة، (٢٣/ ٥٧).
(٤) المغني، ابن قدامة، (٩/ ٣٩٢).



الأحساب إلا من الأكفاء"، قيل: وما الأكفاء ؟ قال: "في الأحساب"(١)، ولأن العرب يعدّون الكفاءة في النسب، ولهذا اختلف الرواية عن أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فرُوي عنه أن غير قريش من العرب لا يكافئها، وغير بني هاشم لا يكافئهم؛ لما جاء عن النبي ﷺ: «إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل، واصطفى من كنانة قريشًا، واصطفى من قريش بني هاشم، واصطفاني من بني هاشم»(٢)، وإذا جرى العُرف على اعتبار كفاءة النسب؛ كان للمرأة فسخ نكاحها ممن لا يُكافئها في النسب إن هو أخفى عليها وعلى وليها نسبه.

٤- كفاءة الصناعة:

ذكر الفقهاء أن من كان من ذوي الصنائع الدونية: كالحائك، والحجَّام، والحارس، والكسَّاح، والدباغ، والقيِّم، والحمَّامي، والزبال، لا يكافئ بنات ذوي الصنائع الجليلة كالبناية والتجارة؛ لأن ذلك نقص في عرف الناس، فأشبه نقص النسب، وقد جاء في الحديث عن النبي ﷺ: «العرب بعضهم لبعض أكفاء، إلا حائكًا أو حجامًا»(٣)، قيل لأحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وكيف تأخذ به وأنت تُضَعِّفه؟ قال: العمل عليه، يعني أنه ورد موافقًا لأهل العرف(٤).

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، مصنف عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، (٦/ ١٥٢)، وأورده ابن قدامة في المغني، (٩/ ٣٩٢).

(٢) رواه مسلم في صحيحه، باب فضل نسب النبي ﷺ (٤/ ١٧٨٢).

(٣) رواه البيهقي في سننه، السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مجلس دائرة المعارف النظامية، الطبعة الأولى ١٣٤٤هـ، باب اعتبار الصنعة في الكفاءة، كتاب النكاح، (٧/ ١٣٤).

(٤) ينظر: المغني، ابن قدامة، (٩/ ٣٩٥).

٥- كفاءة اليسار:

أي القدرة المالية بحسب ما يجب لها من المهر والنفقة، فلا يكون المعسر كفؤ للموسرة، لأن عليها ضرر في إعساره، لإخلاله بنفقتها ومؤونة أولادها، ولهذا ملكت الفسخ بإخلاله بالنفقة، ولأن الإعسار معدود نقصًا في عرف الناس، ولأن الناس يتفاضلون في المال تفاضلهم في النسب وأبلغ، فكان من شروط الكفاءة[١]، وقد قال النبي ﷺ: «الحسب المال»[٢]، وقال: «إن أحساب الناس بينهم في هذه الدنيا هذا المال»[٣]، وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها «أما معاوية فصعلوك لا مال له»[٤]، فإذا عجز الزوج عن نفقة زوجته ومؤونتها نفقة ومؤونة مثلها؛ كان لها الحق في الفسخ[٥]، فمعيار كفاءة اليسار هو قدرة الزوج في النفقة على الزوجة نفقة مثلها سكنًا وكسوةً ومركبًا ونحوها.

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة، (٩/ ٣٩٤).

(٢) رواه الترمذي في السنن، الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: أحمد شاكر وآخرين، باب تفسير سورة الحجرات، (٥/ ٣٩٠)، ورواه ابن ماجة في سننه، سنن ابن ماجة، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (٢/ ١٤١٠)، وصححه الألباني في الإرواء، (٦/ ٢٧١)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ، (٦/ ٢٧١).

(٣) أخرجه النسائي في باب الحسب، من كتاب النكاح، المجتبى (٦/ ٥٣)، والحاكم في باب: تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء، من كتاب النكاح، المستدرك (٢/ ١٦٣)، واحمد في المسند (٥/ ٣٦١، ٣٥٣).

(٤) رواه مسلم، باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها، كتاب الطلاق، (٢/ ١١٤).

(٥) ينظر: المغني، ابن قدامة، (٩/ ٣٩٥)، و: المادة (١١٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.



المسألة الثالثة: الأسباب المبنية على مخالفة شرط صحيح في النكاح.

إذا اشترط الزوجان - أحدهما أو كلاهما - شرطًا وجب على الآخر الوفاء به؛ لعموم قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»[(١)]، ولقول عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "مقاطع الحقوق عند الشروط"[(٢)]، ولأنه مقتضى العقل والشرع والقياس الصحيح، فالمرأة لم ترض ببذل بضعها للزوج إلا على هذا الشرط، ولو لم يجب الوفاء به لم يكن العقد عن تراضٍ، ولكان إلزامًا لها بما لم تلتزمه، وبما لم يلزمها به الله ورسوله ﷺ[(٣)]، والقيد في ذلك أن يكون الشرط صحيحًا، كأن تشترط على زوجها أن لا يخرجها من بلادها أو دارها، أو تشترط عليه أن لا يمنعها من عملها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن لا يفرّق بينها وبين أولادها أو أبويها، أو أن يزيد في مهرها ونفقتها، ونحو ذلك من الشروط الصحيحة، فمتى خالف الزوج الشرط كان لها الفسخ[(٤)].

المسألة الرابعة: الأسباب المبنية على عيوب في النكاح.

إذا وُجد في الزوج عيب، أو طرأ عليه العيب بعد الزواج، ومن شأن هذا العيب عدم حصول مقصود الزواج في الإعفاف وغيره، كان للمرأة الخيار في البقاء أو الفسخ، كما لو كان عنينًا أو مجبوبًا أو به جنون أو بخر أو برص أو جذام،

---

(١) رواه أبو داود في السنن، سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، بيروت، باب في الصلح، (٣/ ٣٣٢ حديث رقم٣٥٩٦)، وصححه الألباني في الإرواء، (٥/ ١٤٢ حديث رقم١٣٠٣).

(٢) رواه البخاري في صحيحه، باب الشروط في المهر، (٣/ ١٩٠ حديث رقم٢٧٢٠).

(٣) قاله ابن القيم –بالمعنى– ينظر: الملخص الفقهي، د. صالح الفوزان، (٢/ ٢٧٤).

(٤) ينظر: المغني، ابن قدامة، (٩/ ٤٨٣)، و: الملخص الفقهي، د. صالح الفوزان، (٢/ ٢٧٣).

ولا يثبت هذا إلا بالنظر واجتهاد الحاكم وتحققه بإقرار أو شهود أو مشورة أهل الخبرة في ذلك كطبيب ونحوه[١].

الفرع الثاني: حكم الإلزام ببذل العوض.

يكمن في هذا المطلب فحوى عنوان البحث وغايته؛ إذ به نتوصل إلى نقطة الإشكال ومثار التساؤل الذي لم أرَ له انضباطًا واضحًا ورؤيةً مؤصلةً في أروقة محاكم المملكة العربية السعودية، فرفع المرأة أمرها إلى القاضي ومطالبتها بفسخ نكاحها من زوجها لا يكون في الغالب الأعم إلا بعد مصابرة ومجاهدة في احتمال مثالب زوجها، لا سيما وما تعلمه من أضرار الفراق؛ إذ إن ضرر الفراق عليها أبلغ من ضرره على الرجل، وما يفوتها بسبب الفراق من مصالح أكثر مما يفوت الرجل، فهذه الأمور ونحوها تحتِّم علينا وجوبًا استصحابها عند نظر النزاع بين المرأة وزوجها، ولا نعني بهذا عدم التؤدة والمساواة بين الخصمين في اللفظ واللحظ وكل شيء، ولا تغليب جانب المرأة على الرجل في الدعوى، وإنما استحضار الطبيعة التي خلقها الله في النساء من ضعف وقلة تمكن، ما قد يدفعها إلى ترك حقها أو أكثره، فإنْ هي وصلت إلى القاضي، فإن الإنصاف هو المطلب، والحق هو المبتغى، والعدل هو الواجب، وفق ما دلت عليه نصوص الشريعة، وليس ما دل عليه العمل الغالب.

فإذا رفعت المرأة أمرها إلى الحاكم مطالبةً بفسخ نكاحها من زوجها، فلا يخلو الحال من أن تكون المرأة مدخولًا بها أو غير مدخول، وإن كانت مدخولًا بها فلا

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٥٦)، و: المادة (١٣٩) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.



يخلو الحال من أن يكون سبب طلبها الفسخ الكره المحض المجرد عن أي سبب معتبر في الفسخ المباشر بدون بعث حكمين، أو أن يكون طلبها مبنيًّا على أسباب معتبرة في الفسخ المباشر، إما في الكفاءة أو العيوب أو غيرها، وإذا هي ذكرت وأوردت تلك الأسباب فلا يخلو حالها من التمكن من إثبات صحة دعواها، أو عدم قدرتها على الإثبات، ولكل حالة حكمها المستقل مما قد يشتبه مع غيره، وسنأتي إن شاء الله على تحرير محل النزاع في ذلك، وموقف القاضي من كل حالة، وفق ما قررته نصوص الشريعة، ووفق ما جرى عليه عمل في محاكم المملكة العربية السعودية بمختلف درجاتها، ثم نبيِّن بعدها ما يظهر لنا رجحانه إن شاء الله.

المسألة الأولى: أن تكون الزوجة غير مدخول بها.

إذا رفعت الزوجة أمرها إلى الحاكم وطلبت فسخ نكاحها من زوجها؛ فلا يخلو الأمر من أن تكون الزوجة غير مدخول بها، أو أن تكون الزوجة مدخولًا بها، **وفي حال كونها غير مدخول بها**، فإما أن لا يكون لها مهر مسمى، أو أن يكون لها مهر مسمى.

١- فإن لم يكن لها مهر مسمى.

إذا رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي مطالبة بفسخ نكاحها من زوجها الذي لم يدخل بها ولم يُسَمَّ مهرها، أي: لم يُحدَّد مقداره؛ فإن الحكم والحال هذه الفسخ من غير عوض عند تعذّر الجمع بينهما، وإذا كانت الواقعة طلاقًا؛ فإن على الزوج

المتاع بالمعروف[(١)]، لما جاء في قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة:٢٤١]، وقوله سبحانه: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة:٢٣٦] ومقتضى الأمر الوجوب[(٢)].

٢- وإن كان لها مهر مسمى.

فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى الحاكم بطلب فسخ نكاحها من زوجها الذي لم يدخل بها، ولكنه سُمي مهرها، أي: حُدد مقداره، فإن الحكم والحال هذه عند إصرارها على طلب الفسخ، وتعذر الجمع بينهما أن يُفسخ نكاحها، وتُلزم بدفع العوض عند مطالبة الزوج، وهو الصداق الذي استلمته وما صاحبه من هدايا داخلة في حكمه؛ ذلك أن المهر لا يستقر إلا بالدخول والخلوة، ولم يحصل هذا الأمر هنا، ثم إن النكاح عقد على الاستمتاع بالبضع، ولم يتم استيفاء المبدل؛ فوجب استعادة البدل، ولأن جانب الفرقة منها وليس منه[(٣)].

أما لو كانت الفرقة من الزوج بأن طلقها وطالبها بالعِوض؛ فلا يجاب لطلبه إلا بمقدار نصف المهر؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة:٢٣٧]، فإن كانت الزوجة قد استهلكت هذا الصداق أو بعضه؛ **فلا يخلو الأمر من حالين:**

١- أن يكون استهلاكها للمهر في أمر خارج عن مقصود الزواج، كأن تقضي به دينًا، أو تهب منه عَرَضًا، أو تتصدق منه جزءًا، ونحو ذلك، وهنا فإن عليها أن

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٢٦، ١٣٧)، و: المبسوط، السرخسي، (٦/ ١١٠)، و: المادة (٦٥) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.
(٢) ينظر: الملخص الفقهي، د. صالح الفوزان، (٢/ ٣٦١).
(٣) ينظر: المرجع السابق، (٢/ ٣٥١).

تغرم نصفه، إن كان نقدًا فتغرم النقد، وإن كان عينًا أن تغرم المثل.

٢- أو أن يكون استهلاكها للصَدَاق في أمر من مقاصد الزواج وأهدافه، بأن تبتاع به زينةً لها كلباس وعطر ونحوه، فإنها والحال هذه لا تغرم نصفه، وإنما يعتبر ما ابتاعته بمثابة ما لو كان الرجل أصدقها إياه، فتعيد عليه نصف هذه العروض التي اشترتها من غير أن تغرم له أي نقد، فلو أصدقها مائة ألف، واشترت بها زينةً ولباسًا أعادت عليه نصف هذه العروض التي اشترتها(١)، لأن يدها يد أمانة، وقد أُذن لها بالتصرف فيه على هذا النحو، ولو تنازعا في ذلك؛ فالقول قولها بيمينها، لقوة جانبها واليمين تشرع في جانب أقوى المتداعيين(٢).

المسألة الثانية: أن تكون الزوجة مدخولًا بها.

يشتمل هذا الفرع على الحالة الثانية من الحالات التي يمكن أن تكون عليها الزوجة عندما ترفع أمرها إلى القاضي بطلب فسخ النكاح، وهي أن تكون قد دخل بها زوجها واستحل منها ما لا يحل لغيره بأن جامعها في قبلها، وعندها فإن صداقها ومهرها يكون قد استقرت ملكيته لها بإجماع العلماء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ.

فهل يجب عليها والحال هذه إعادة الصداق الذي دفعه لها زوجها إذا طالبت هي بفسخ نكاحها منه؟

وهل يجوز للقاضي إلزامها بإعادة الصداق ليتم الفسخ؟

---

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، تحقيق: هشام التجاري، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ، (٣/ ٢٠٥)، تفسير قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ..﴾ [البقرة:٢٣٧].

(٢) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٤/ ١٣١)، و: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، مطبعة المدني، القاهرة، تحقيق: د. محمد جميل غازي، ص (١٦٦).

وهل يجوز للزوج أخذ هذا العوض؟

هذه المسألة هي **جوهر البحث ولُبّه**، وهي التي اختلفت فيها طرائق القضاة وأحكامهم، فليس لها مسار واضح المعالم في أروقة المحاكم في المملكة العربية السعودية، رغم كثرة هذا النوع من القضايا؛ ما يجب معه استصدار تنظيم خاص بهذا الشأن يرفع الإشكال، ويحقق العدل لا سيما للزوجة؛ إذ إن غالب الإجراءات في هذا الشأن تقع ضد إنصافها.

ولتحرير هذه المسألة نقول:

إذا رغبت الزوجة الموطوءة في القبل في نكاح صحيح فسخ نكاحها من زوجها؛ فلا يخلو الأمر من أحوال:

الحالة الأولى: ثبوت سبب الفسخ المباشر.

فإذا تقدمت الزوجة للقاضي بطلب فسخ نكاحها، وكان زوجها قد دخل بها وجامعها ولو لمرة واحدة، وكان سبب طلبها الفسخ مبنيًّا على اعتبار شرعي صحيح موجب للفسخ المباشر بدون بعث حَكَمين، كعدم كفاءة في الدين من مثل أن يكون الزوج من أصحاب الكبائر كشرب المسكرات ونحوها، أو لمخالفة شرط صحيح من مثل أن يخالف شرطها بعدم إخراجها من دارها أو بلادها، أو لعيب لحق بالزوج كأن يصاب بجنون أو عته أو عِنَّة، ونحو ذلك من الأسباب التي يثبت للقاضي وجاهتها واعتبارها في فسخ النكاح، وتستطيع الزوجة إثبات دعواها إما بإقرار أو بينة، فعندها يفسخ القاضي نكاحها على غير عوض، ومن



غير حاجة لبعث الحَكَمين(١)، ولا إشكال في ذلك، وقد صدر بمثل هذا جمع من الأحكام في المملكة العربية السعودية، ومن ذلك:

* تطبيقات قضائية من محاكم المملكة.

أ - الحكم الصادر من المحكمة العامة بالخرج، والمصادق عليه من محكمة الاستئناف في الرياض(٢)، وقد تضمنت القضية رفع الزوجة دعواها ضد زوجها مطالِبةً بفسخ النكاح بسبب ضربه لها الضرب المبرِّح، وقدمت البينة على ذلك، وهي تقرير طبي صادر من مستشفى حكومي تابع لوزارة الصحة، وتضمن التقرير تعرضها لإصابة بالرأس وكدمة بالساق والأنف وأن مدة الشفاء أقل من خمسة أيام، ففسخ القاضي نكاحها بلا عوض وبلا بعث حَكَمين، فوردت ملاحظة الاستئناف على حاكم القضية عدم بعثه للحكمين، فكان جواب القاضي ما نصه: "إن التحكيم في القضايا الزوجية - كما لا يخفى عليكم - إنما يكون فيما اشتبه فيه الظالم منهما، فإذا عرف الظالم منهما؛ فإن الحق يؤخذ منه كما هو مقرر في المذاهب الأربعة..."، ثم أورد فضيلة القاضي نصوصًا تؤيد قوله، ثم أردف قائلًا: "وإنما تستقيم الحياة الزوجية بالمودة والرحمة، وأين المودة والرحمة مع من هذا حاله فعلًا بالضرب..."، فتمت المصادقة على الحكم من بعد ذلك الجواب.

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٥٦)، و: المجموع شرح المهذب، محيي الدين النووي، (١٦/ ٧٥)، و: الفقرة (١) من المادة (١١٢) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، والأحكام القضائية السعودية الآتي ذكرها في التطبيقات.

(٢) ينظر: الصك الصادر من المحكمة العامة بالخرج في القضية المقيدة برقم/ ٣٥٢٩٧٣٦٥٧)، وتاريخ ٢٤/ ١٠/ ١٤٣٥هـ، والمصادق عليه بقرار الدائرة الأولى لتدقيق قضايا الأحوال الشخصية بمحكمة الاستئناف في الرياض رقم (٣٦١٢١٨٣٣٢) في ١٦/ ٧/ ١٤٣٦هـ.

ب - الحكم الصادر من المحكمة العامة بالخرج[1] في قضية تضمنت مطالبة الزوجة بفسخ نكاحها من زوجها، بعدما طرأ عليه عيب متمثل في معاناته من الشيخوخة المتقدمة، وعدم إدراكه للزمان والمكان، وقدَّمت البينة على ذلك متمثلةً في تقرير طبي؛ ففسخ القاضي نكاحها منه على غير عوض، ومن دون بعث حَكَمين، وعلل حكمه بأن هذا العيب لا تستقيم معه الحياة الزوجية، ولا تتحقق معه مقاصد الزواج، فورد من الدائرة الثانية المختصة بنظر قضايا الأحوال الشخصية بمحكمة الاستئناف بالرياض قرارًا متضمنًا المصادقة على الحكم.

ج - الحكم الصادر من المحكمة العامة بالخرج[2] في قضية تضمن أن امرأة تقدمت بدعوى ضد زوجها مطالِبةً بفسخ نكاحها منه؛ لتعاطيه المخدرات واستعماله، لها وما يستتبع ذلك من تأثيرها عليه في السب والشتم والقذف، والتقصير في النفقة والواجبات الزوجية، وقدمت البينة على ذلك وهي عبارة عن شهود؛ ففسخ القاضي نكاحها على غير عوض، ومن غير بعث حَكَمين، ثم وردت موافقة محكمة الاستئناف على الحكم.

فمن خلال ما سبق يظهر بجلاء أن السبب المعتبر في الفسخ المباشر - إذا ثبت للقاضي بإقرار أو بينة - يجيز له فسخ النكاح على غير عوض، ومن غير بعث للحَكَمين.

---

(١) ينظر: الصك الصادر من المحكمة العامة بالخرج في القضية المقيدة برقم (٣٥٣١٩٤١٠٧) وتاريخ ١٤/ ١١/ ١٤٣٥هـ، والمصادق عليه بالقرار رقم (٣٦١١٦١٠٤)، وتاريخ ١٥/ ٤/ ١٤٣٦هـ الصادر من الدائرة الثانية المختصة بنظر قضايا الأحوال الشخصية بمحكمة الاستئناف بالرياض.

(٢) ينظر: الصك الصادر من المحكمة العامة بالخرج في القضية المقيدة برقم (٣٦١٩٩٢٨٧) في ١٦/ ١/ ١٤٣٦هـ، والمصادق عليه بقرار دائرة الأحوال الشخصية بمكمة الاستئناف بالرياض رقم (٣٦١٢٥٧٨٣٠)، وتاريخ ٢٠/ ٨/ ١٤٣٦هـ.



الحالة الثانية: عدم ثبوت سبب الفسخ المباشر.

فإذا تقدمت المرأة للقاضي بطلب فسخ نكاحها، وكان زوجها قد دخل بها وجامعها ولو لمرة واحدة، وكان سبب طلبها الفسخ مبنيًّا على اعتبار شرعي صحيح - كما سلف في الفقرة السابقة - **ولكن الزوجة لم تستطع إثبات دعواها،** وإنما كانت دعوى مجردةً عمَّا يثبتها؛ فإن الإجراء القضائي فيها هو كالذي سيتم في الحالة الثالثة.

الحالة الثالثة: عدم وجود سبب الفسخ المباشر.

فإذا تقدمت الزوجة للحاكم بطلب فسخ نكاحها، وكان زوجها قد دخل بها وجامعها ولو لمرة واحدة، وكان سبب طلبها الفسخ مبنيًّا على كره محض، أو مبنيًّا على سبب غير معتبر في الفسخ المباشر، كطول الزوج أو قصره أو دمامته أو نحالته أو سِمنه، ونحوها من الأسباب غير المعتبرة في فسخ النكاح مباشرة بدون بعث حكمين، ولكن الزوجة لم تجد في نفسها محبةً أو رغبةً في استمرار العشرة مع الزوج، ولا تعيب عليه في خلق أو دين.

ففي هاتين الحالتين الثانية والثالثة يكمن التساؤل حول مدى جواز إلزام الزوجة بإعادة المهر الذي استلمته، ومدى جواز أخذ الزوج لهذا العِوض، وبتأمل عدد من كتب الفقهاء، وجمع من إجراءات وأحكام القضاء، يمكن تلخيص الخلاف من خلال هذه الوقائع إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: لا يحل الأخذ، ولا الإلزام مطلقًا.

الاتجاه الثاني: يحل الأخذ، ويحل الإلزام مطلقًا، لا سيما في حال الكره ونحوه.

الاتجاه الثالث: يحل الأخذ في حال الكُره ونحوه، ولا يحل الإلزام مطلقًا.

* شرح الاتجاهات وأدلتها:

الاتجاه الأول: لا يحل الأخذ ولا الإلزام مطلقًا.

ينحو هذا الاتجاه إلى أن جماع الرجل لزوجته ولو لمرة واحدة يجعل المهر مستقرًا لها ثابتًا في ملكيتها، لا يحل لزوجها على الإطلاق أخذ شيء منه مهما كانت الأسباب، ولا يحل للقاضي إلزام الزوجة بإعادته أو إعادة جزء منه إلى الزوج عند رفع دعوى الفسخ، وقد اتجه إلى هذا بكر بن عبد الله المزني(١)، وهذا الاتجاه ليس عليه عمل ولا اعتبار في محاكم المملكة.

وقد استدل أصحاب هذا القول بالآتي:

١- قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَـٰقًا غَلِيظًا﴾ [النساء:٢٠-٢١] وقالوا بأن هذه الآية ناسخة لقوله تعالى. ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة:٢٢٩].

ويجاب عن ذلك: بأن النسخ إنما يصار إليه عند تعذر الإعمال، وهنا يمكن لنا إعمال الآيتين بما ثبت عن النبي ﷺ في حديث امرأة ثابت بن قيس؛ كما سيأتي معنا إن شاء الله في القول الثاني.

٢- ولما جاء عن النبي ﷺ أن رجلًا قال له: تزوجتها فوضعت بعد أربعة أشهر، فقضى النبي ﷺ بالمهر للزوجة، ففي سنن أبي داود عن بصرة بن أكتم أنه تزوج امرأةً بكرًا في خدرها، فإذا هي حامل من الزنا، فأتى رسول الله ﷺ فذكر

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٢٦٨).

له ذلك، فقضى لها بالصداق، وفرَّق بينهما، وأمر بجلدها، وقال: «الولد عبد لك»(١).

ويجاب عن ذلك: بأن الحديث ضعيف(٢).

الاتجاه الثاني: يحل الأخذ ويحل الإلزام مطلقًا لاسيما في حال الكره ونحوه.

ينحو هذا الاتجاه إلى أنه يجوز للقاضي إلزام المرأة بدفع العوض مطلقًا في حال عدم ثبوت السبب المعتبر للفسخ المباشر بإقرار أو بينة، أو في حال الكره المحض من الزوجة، ويبقى حِل أخذه عائدًا إلى حقيقة ما يعلمه الزوج عن صحة دعوى زوجته فيما بينه وبين الله تعالى، فإن كان يعلم أن دعواها خالية من الصحة، أو أنها مبنية على سبب غير معتبر في الفسخ المباشر كالكره المحض أو الطول أو القصر ونحوها؛ جاز له الأخذ، على غرار ما جاء في حديث امرأة ثابت بن قيس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وإن كان يعلم العكس، وهو ظلمه لها أو تقتيره عليها أو إيذاؤها ونحوه - مما لو ثبت لفسخ القاضي النكاح مباشرةً - حَرُم عليه أخذ العِوض، حتى لو صدر به حكم قضائي(٣).

---

(١) رواه الطبراني في المعجم الكبير، المعجم الكبير، للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، (٢/ ٤٨ حديث رقم ١٢٤٣)، ورواه أبو داود في السنن، باب في الرجل يتزوج المرأة فيجدها حبلى، (٢/ ٢٠٧ حديث رقم ٢١٣٣-٢١٣٤).

(٢) ضعَّفه الألباني، ينظر: صحيح وضعيف سنن أبي داود، محمد ناصر الدين الألباني، مركز نور الإسلام، (٥/ ١٣٢ حديث رقم٢١٣١)، و: ضعيف أبي داود، محمد ناصر الدين الألباني، مؤسسة غراس، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ، (٢/ ٢٢١ حديث رقم ٣٦٩).

(٣) هذا الاتجاه جرى عليه عمل عدد من القضاة في المحاكم، ومن ذلك الحكم المصدق بقرار محكمة الاستئناف بالرياض رقم (٣٧/٨٢٩٧٥) في ١٤٣٧/٦/٤هـ، والحكم المصادق عليه بقرار محكمة الاستئناف بمكة المكرمة رقم (٣٢٢٤٤٠٣٠) في ٢٢/ ٩/ ١٤٣٢هـ، وسيأتي التعليق عليها في مواطنها في هذا البحث إن شاء الله.

وهذا الاتجاه هو الذي عليه عمل غالب محاكم المملكة، مع عدم إيضاح مدى حِل أخذ العِوض من عدمه للزوج في حال عدم ثبوت سبب الفسخ المباشر، ما قد يُفهم منه جواز الأخذ، **وهو اتجاه ليس له قاعدة مطَّردة**، ولا تأصيل ظاهر الدلالة، ولا استدلال واضح البيان، وإنما اجتهادات متفرقة تحكمها ظروف كل قضية، فتارةً يتم إنفاذ قول الحَكَمين ورأيهما، حتى وإن كانا جاهلين بأصول الأحكام وطرائق التقاضي ووسائل الإثبات ومعاني النشوز وموجبات الفسخ ومعايير الكفاءة الدينية والدنيوية، وتارةً يتم الإلزام بالعِوض وهو كامل المهر رغم أن الأدلة متوافرة متواترة على استقراره في ملك الزوجة بمجرد الوطء، وتارةً أخرى يتم الإلزام برد جزء من المهر من غير دليل، ويوجد عدد من الحالات تبقى فيها المرأة معلَّقةً؛ نتيجة انتظار دفعها العِوض أو استعدادها بذلك وإحضارها من يضمنها، فلا يصدر حكم بالفسخ ولا برد الصَدَاق، وفوق كل ذلك لا يتم إفهام الزوج حال أخذه العِوض أنه يحرم عليه في حال كونه ظالم لها.

ولذا وجب وضع قاعدة مطَّردة أو - في أقل الأحوال - أغلبية، يعرف بها المتداعيان مصيرهما من هذه الدعوى، ويعرف بها القاضي المبدأ الواجب اتباعه في مثل هذه القضايا بشكل جلي وظاهر.

*** وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بأدلة منها:**

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة:٢٢٩]فدلت الآية على جواز دفع المرأة للعوض، وجواز أخذ الرجل لهذا العوض، **ويجاب عن ذلك**: بأن جواز الأخذ لا يعني وجوب الإلزام، فإذا جاز للزوجة الفداء؛ فلا يعني هذا أن على القاضي إلزامها به؛ إذ إن غاية ما جاء في



الآية رفع الحرج في أخذ الفدية.

٢- حديث امرأة ثابت بن قيس، حيث جاء بعدد من الروايات أشهرها:

أ - روى البخاري عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله: ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام - أي كفران وجحود عشرتها له - فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديقته» قالت: نعم، فقال: «اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة»[١].

ب - وفي رواية أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها، وهي جميلة بنت عبد الله بن أبي، فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله ﷺ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى ثابت فقال: «خذ الذي لها عليك وخل سبيلها»، قال: نعم، فأمرها رسول الله ﷺ أن تتربص حيضةً واحدةً فتلحق بأهلها[٢]، وفي رواية عن أبي داود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال النبي ﷺ: «خذ بعض مالها وفارقها»، فقال: ويصلح ذلك؟! قال: «نعم»، قال: فإني أصدقتها حديقتين وهما بيدها، فقال النبي ﷺ: «خذهما وفارقها» ففعل[٣].

ج - وفي رواية: أخبرنا عبد الرزاق قال: أخبرنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم: أن سعيد بن المسيب أخبره: أن امرأةً كانت تحت ثابت بن قيس بن

---

(١) رواه البخاري في صحيحه، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، (٧/ ٤٦ حديث رقم (٥٢٧٣).

(٢) رواه النسائي في السنن، المجتبى من السنن، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ، الطبعة مذيلة بأحكام الألباني عليها، باب ما جاء في الخلع، (٦/ ١٨٦ حديث رقم٣٤٩٧)، قال الشيخ الألباني: حديث صحيح.

(٣) أخرجه أبو داود في السنن، وصححه الألباني، صحيح وضعيف سنن أبي داود، محمد ناصر الدين الألباني، مركز نور الإسلام، (٥/ ٢٢٨ حديث رقم٢٢٢٨).

شماس، وكان أصدقها حديقةً، وكان غيورًا فضربها فكسر يدها، فجاءت النبي ﷺ فاشتكت إليه، فقالت: أنا أرد إليه حديقته، قال: «أو تفعلين؟!»، قالت: نعم، فدعا زوجها فقال: «إنها ترد عليك حديقتك»، قال: أو ذلك لي؟، قال: «نعم»، قال: فقد قَبلت يا رسول الله، فقال النبي ﷺ: «اذهبا؛ فهي واحدة»(١).

ويجاب عن هذا الحديث بالآتي:

١- أنه صدر من الرسول ﷺ على سبيل التوجيه والإصلاح والإرشاد، وليس من قبيل القضاء وفصل الخصومات، قال به ابن حجر في فتح الباري(٢)؛ إذ الأصل أن القاضي لا يخير الخصوم ولا يشاورهم في إصدار الحكم إلا بسبيل الإصلاح، فإن قبلا بذلك أثبته وأمضاه صُلحًا، وإلا أصدر حكمه من غير عرضه عليهما ولا مشاورته لهما، بدليل أنه ﷺ في حديث المتلاعنين قال للزوج عندما طالب بالمهر الذي دفعه لزوجته: «لا مال لك، إن صدقْتَ عليها؛ فهو بما استحللت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها؛ فهو أبعد لك منها»(٣)، فهذا الحديث صدر من النبي ﷺ على سبيل القضاء وفصل الخصومة، وكان فيه الدلالة الظاهرة الواضحة الجلية على استقرار المهر باستحلال الفرج، حتى وإن تنازع الزوجان، لا سيما وأن التهمة الموجهة إلى الزوجة الزنا، وهي الفاحشة المبينة المجيزة للمضارة من أجل الفداء، وأما حديث امرأة ثابت بن قيس؛ فموقف

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، المصنف، عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ، (٦/ ٤٨٢ حديث رقم١١٧٥٧).

(٢) ينظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، كتاب الطلاق، باب الخلع، (٩/ ٤٠٠).

(٣) رواه البخاري في صحيحه، باب قول الإمام للمتلاعنين: إن أحدكما كاذب، (٧/ ٥٥ حديث رقم٥٣١٢)، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، (٢/ ١١٣١ حديث رقم١٤٩٣).

رسول الله ﷺ إنما هو من باب الإصلاح والإرشاد، لا الإلزام والإيجاب، وهو مما وافق فيه العيني ابن حجر رغم كثرة معارضته له ومخالفته إياه(١)، قال بدر الدين العيني "الأمر فيه للإرشاد والاستصلاح لا للإيجاب والإلزام"(٢).اهـ، وقال ابن حجر: "هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب "(٣).اهـ.

٢- أن هذا الحديث ليس فيه إلزام للزوجة بالدفع، ولو سلمنا بذلك لوجب حصره في عين المال إن كان موجودًا؛ لأنه جاء في روايات أخرى أنه أصدقها أكثر من الحديقة، ولم يأذن النبي ﷺ في الرد إلا للحديقة؛ لكون عين المال لا زالت موجودة، قال ابن حجر: "واستدل به على أن الفدية لا تكون إلا بما أعطى الرجل المرأة عينًا أو قدرها، لقوله ﷺ: «أتردين عليه حديقته»(٤). اهـ.

٣-أن حديث امرأة ثابت بن قيس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا ورد بعدد من الروايات، منها ما أمر فيه النبي ﷺ بأخذ بعض المهر، ومنها ما فيه سبب للفسخ المباشر، وهو كسر يدها، ومنها ما يدل على أن الصداق والمهر كان أكثر من الحديقة، ومع ذلك لم يأذن النبي ﷺ إلا برد الحديقة، فهل ذلك لكونها من عين المال الموجود، أو لأن رد العوض جائز وغير واجب، أو لأن ثابت بن قيس ضربها فكسر يدها في إحدى الروايات، ثم لماذا لم يبعث النبي ﷺ الحَكَمين إذا كان موقفه موقفًا قضائيًّا

---

(١) ينظر: الموقع الرسمي لفضيلة الشيخ الدكتور عبد الكريم بن عبد الله الخضير، الفوائد، طلب العلم، فائدة رقم (١٣٢)، ص (١٤).

(٢) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، بدر الدين محمود بن احمد العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، (٢٠/ ٣٧٥).

(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، كتاب الطلاق، باب الخلع، (٩/ ٤٠٠).

(٤) المرجع السابق، (٩/ ٤٠٢).

وليس إرشاديًّا وإصلاحيًّا ؟!، هذه كلها احتمالات واردة وذات قوة في الاحتجاج على هذا الدليل توجب علينا الأخذ به على أنه من باب الإصلاح والإرشاد لا القضاء والإيجاب، وذلك أن الاستدلال به على أنه جاء بسبيل القضاء يرد عليه إشكالات واحتمالات حسبما ذكر، **والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال.**

فإن قيل: ما فائدة رفع الأمر إلى الحاكم في فسخ النكاح ما دام الأمر لا ينتهي إلى إلزام الزوجة بدفع العِوض وهو المهر.

قلنا: إن الشارع الحكيم جعل عقدة النكاح بيد الرجل؛ لأمور منها: كونه أكمل عقلًا، وأقدر على التحكم بعاطفته، أما المرأة فلطبيعتها وضعفها وقلّة تقديرها للأمور جعل الله فراقها بيد الحاكم؛ ليتحقق من صدق رغبتها، ومدى تعذر استمرار عشرتها مع زوجها، وشَرَع له في ذلك بعث الحكمين للإصلاح بينهما.

فإن قيل: ما فائدة جواز الافتداء ما دام الأمر محسومًا بما ستؤول إليه القضية من فسخ النكاح على غير عوض.

قلنا: الافتداء يفيد من لم ترغب من النساء في عرض أمرها على الحاكم لأي سبب كان، إما رغبة في الستر، أو حفاظًا على الجاه والهيبة، أو حمايةً لأسرار بيتها من أن تتكشف للقاضي وأعوانه والحَكَمين، أو للرغبة في اختصار إجراءات التقاضي في هذه الدعوى، أو غير ذلك، وفوق كل هذا فجواز افتداء المرأة لا يعني مطلقًا وجوب إلزامها من القاضي بدفعه، ولا يعني مطلقًا حِل أخذه للزوج، وإنما الحِل محصور فيما لو لم يكن الزوج ظالمًا لها، أما لو كان كذلك؛ فلا يحل له أخذ العِوض حتى وإن بذلته، فجواز الافتداء يعني إباحة دفعه لا الإلزام بدفعه، وهذا



مما أوقع الكثير من القضاة في الخطأ حين ألزموا زوجات بدفع العِوض، على ما سيأتي بيانه إن شاء الله.

فإن قيل: إن القول بعدم جواز إلزام المرأة بدفع المهر في دعوى الفسخ؛ سيفتح باب شر، ويجعل النساء يتقدمن بدعاوى ضد أزواجهن لطلب الفسخ.

قلنا: بتتبع الظاهر من زيجات المسلمين واستقرائها يتضح عدم وجود امرأة تطلب فسخ نكاحها إلا من سوء عشرة تجدها من زوجها، أو وجود ما لا تستطيع معه ألبتة استمرار العيش، وما خرج عن هذه القاعدة؛ فهو من النادر، والنادر لا حُكم له، ثم إن نصوص الشريعة قد تواترت وتوافرت على استقرار المهر بالوطء، وأجمع العلماء على ذلك في كل العصور، وما ثبت بدليل قاطع لا يُصار عنه ولا ينتقض إلا بدليل مثله، ولا يوجد أي دليل على وجوب إلزام المرأة برد المهر عند طلبها الفسخ، والدليل إنما هو وارد في جواز الافتداء ودفعها العِوض، وفرق بين الجواز والوجوب.

فإن قيل: وما دور الحَكَمين؟

قَلنا: دورهما الإصلاح بين الزوجين والتوفيق بينهما ما استطاعوا، سواء اجتماعًا أو افتراقًا بشروط أو بدونها، فإن توصلا إلى وفاق بين الزوجين كان به، سواء كان هذا الوفاق على الاجتماع أو الافتراق بعوض أو بدونه، وإن لم يتوصلا إلى حَل بين الزوجين؛ فليس للحَكَمين إلا إفادة القاضي بذلك ورفع أمرهما إليه، وليس للقاضي بعدها إلا إثبات تعذر استمرار العشرة، ومن ثم فسخ النكاح لأجل ذلك على غير عوض، لأن الإلزام بدفع العِوض لابد له من موجب، ولا موجب له هنا، والمهر المدفوع قد استقر في ملكية الزوجة مقابل استحلال الزوج لها وجماعه إياها ولو لمرة واحدة، فلا دليل على اشتراط الاستدامة في الاستمتاع،

وحديث امرأة ثابت بن قيس ليس فيه دلالة على إلزام الزوجة بدفع المهر، وإنما فيه الدلالة على جواز دفعها للمهر، وجواز أخذ الزوج لذلك كفداء مقابل الفِراق لمن كانت حالته مثل حالة ثابت بن قيس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، وهي كره زوجته له كرهًا محضًا من غير موجب للفسخ المباشر، كفسق أو عجز عن النفقة أو عدم كفاءة في الحرية ونحوه.

* تطبيقات قضائية من محاكم المملكة:

مما يؤسف له أن العمل جار في كثير من القضايا في محاكم المملكة العربية السعودية على هذا الاتجاه الثاني رغم غموضه وعدم استقراره ولا انضباطه، وهو اتجاه حديث ليس عليه عمل في سلف الأمة - حسب بحثي واطلاعي - وقد تفاوتت فيه أحكام القضاة المعاصرين، وملاحظات محاكم التمييز والاستئناف عليها، ولم يضعوا له قاعدةً مطَّردةً، ولا أغلبية، ولا مبدأً معتبرًا يكون منهيًا لهذا الإشكال، ما جعل الحلقة الأضعف في هذا الغموض الزوجة؛ إذ وقع عليها الأثر السلبي لهذا الخلط، وتم تحميلها ما اكتنف هذه المسألة من غموض، رغم أن الدليل القطعي الثبوت الظاهر الدلالة المجمع على مفهومه أرشد إلى استقرار مهرها بمجرد وطئها في عقد صحيح ولو لمرة واحدة، ومما نتج عن هذا الغموض تعليق مصير كثير من النساء في علاقتهن الزوجية على إعادة المهر، فإن هي فعلت تم فسخ نكاحها، وإن هي امتنعت أو عجزت عن ذلك، وعجز الحَكَمان عن الإصلاح بينها وبين زوجها؛ ظلت معلقة لا هي إلى زوجها، ولا هي إلى حال سبيلها، ومن ذلك أسوق عددًا من الأحكام ليست إلا نماذج إيضاحية لهذا النوع من القضايا، وهي على النحو الآتي:

١- القضية المصادق على حكمها بقرار محكمة الاستئناف في الرياض، وقد جاء في القضية أن امرأةً رفعت دعوى على زوجها مطالِبةً بفسخ النكاح بعد دخوله بها، وإنجابها له ولدًا، عمره سنتان وقت رفع الدعوى، وقد كان مهرها خمسة وخمسون ألف ريال، وقد ذكرت أسبابًا لطلبها الفسخ تتلخص في إساءته لعشرتها، وكثرة شكه بها، ووجود علاقات محرمة لزوجها، ولم يثبت ذلك ببينة ولا إقرار، وإنما وجد مجموعة من القرائن على هذا، فجرى من القاضي محاولة الإصلاح بينهما، ولم يتوصل مع الزوجين إلى حل، فجرى بعث الحَكَمين من خلال مكتب الصلح في المحكمة؛ فورد جوابهم أن الفراق على غير عوض أولى من الاجتماع، وبعرض هذا الرأي على الزوجين رفض الزوج ووافقت الزوجة، وأضافت أنها مستعدة للتنازل عن النفقة الماضية مقابل هذا الفسخ؛ فتم من القاضي فسخ النكاح على عوض هو تنازلها عن النفقة الماضية وحَكَم بذلك، وبعد بعث المعاملة إلى الاستئناف ورد عدد من الملاحظات - ومن هذه الملاحظات ما نصه: "إن ما تضمنه قرار الحَكَمين في مكتب الصلح - من الفسخ بدون عوض - محل نظر؛ فلا يُجمع على الزوج ذهاب زوجته وذهاب ماله بدون موجب". اهـ[١].

ومما يلاحظ على هذا الحكم الآتي:

يظهر جليًا غموض استصحاب الأصل لدى محكمة الاستئناف، وهو استقرار المهر بالوطء، فقد اعتبر قضاة محكمة الاستئناف الفسخ بدون عوض ذهابًا لمال

(١) ينظر: القضية المصادق على حكمها بقرار محكمة الاستئناف في الرياض رقم (٣٧١٨٢٩٧٥) في ١٤٣٧/٦/٤هـ بعد استيفاء ما ورد في قرار الملاحظة ذو الرقم (٣٦١٣٤٩٦١٩) وتاريخ ١٤٣٦/١٢/١هـ.

الزوج بدون موجب، ولم يوضحوا ما هو لازم دخول الزوج بزوجته ومعاشرته لها وإنجابها له ولدًا، هل هذه من موجبات ذهاب ماله المتمثل في المهر أم ليست موجبًا؟!!!، فضلًا عن أي أمور اجتماعية أخرى تلحق بالزوجة جراء زواجها أو فراقها حتى وإن كان هذا الفراق بطلب منها، ومحكمة الاستئناف بهذه الملاحظة تكون قد جعلت الأصل أن لا فسخ إلا بعوض، وهذا مخالف للآيات القرآنية المتوافرة والأحاديث النبوية المتواترة، وهو ما يدعو إلى إعادة النظر في الوضع القضائي في هذه المسألة؛ إذ الوقائع أكثر بكثير من هذه.

٢- القضية المصادق عليها بقرار محكمة الاستئناف بمكة المكرمة، حيث رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي بطلب فسخ نكاحها من زوجها الذي أنجبت منه ثلاثة أطفال، وسبَّبت طلبها أنه يسيء عشرتها ويضربها، ويطلب منها في المعاشرة ما لا يحل، إضافة إلى عدم سوائه وعدم صلاحيته للحياة الزوجية، فأنكر الزوج أسبابها وطالب بإعادتها إلى بيت الزوجية وإلزامها بالانقياد إلى طاعة زوجها، ثم جرى عرض الصلح عليهما من القاضي فلم يتوصلوا إلى شيء، فأُسندت المهمة إلى لجنة مختصة، ولم يتوصل الجميع إلى حل، فجرى بعث الحَكَمين بعد اختيارهما من الزوجين، فقرر الحَكَمان الفسخ على عوض قدره خمسة وعشرون ألف ريال، وهو نصف المهر المسمى - إذ كان صداقها خمسون ألف ريال - فرفض الزوج قرار الحكمين، وطالب بالمهر وقيمة حفل الزواج وأثاث البيت، ومجموع ذلك مائة وثمانية وتسعون ألف ريال؛ ليقوم بالموافقة على الفسخ، ثم حكم القاضي بإمضاء رأي الحَكَمين وفَسَخَ نكاح الزوجة على عوض قدره خمسة وعشرون ألف ريال، فجرى من الزوج الاعتراض على الحكم، وعليه صدر قرار الدائرة الأولى للأحوال الشخصية والأوقاف والوصايا والقصار وبيوت المال بمحكمة



الاستئناف في مكة المكرمة، وقد ورد في القرار النص التالي: "ومع ذلك كله فقد تم فسخ النكاح على عوض خمسة وعشرين ألف ريال، وإذا كان ذلك المبلغ دون المهر، فلم يظهر ما يسوِّغ فسخ النكاح دون المهر والحال ما جرى، ٣- يلزم استلام العوض من الزوجة وتسليمه للزوج، وإذا امتنع من استلامه فيحفظ له حسب التعليمات؛ لأن العِوض مقابل الفسخ، فإذا تم الفسخ وجب العوض حالًا، ما لم يوافق الزوج على تأجيله بكفالة أو بدونها والله الموفق..". اهـ[١].

فالمتأمل في هذه القضية يرى بجلاء الآتي:

أ - عدم اعتبار قرار الحَكَمين قرارًا ملزمًا، وهذا لا إشكال فيه؛ إذ الأصل في الحَكَمين أنهما مصلحَيْن، فإن توصلا لذلك، وإلا كان الأمر للقاضي.

ب - عدم اعتبار استقرار المهر بالوطء؛ حيث جعلوا العوض أمرًا حتميًّا للفسخ بقولهم: "لأن العوض مقابل الفسخ، فإذا تم الفسخ وجب العوض حالًا"، وهذا مخالف للأدلة الشرعية، وفوق ذلك جرى إلزام الزوجة بدفع العوض حتى لو رفض الزوج استلامه، ومعلوم أن المهر يستقر بالوطء، وكان الواجب أن يتم الفسخ على غير عوض؛ لثبوت تعذر استمرار العشرة بين الزوجين، حسبما تظاهرت عليه الأدلة التي سيأتي ذكرها لاحقًا إن شاء الله، وعليه فيظهر عدم وجود قاعدة مطردة في القضاء السعودي في رأي الحَكَمين: هل هو ملزم أم لا؟ وعدم وجود قاعدة جلية في مسألة العوض عند فسخ النكاح هل

---

(١) ينظر: القضية المصادق عليها بقرار محكمة الاستئناف بمكة المكرمة برقم (٣٢٢٤٤٠٣٠)، وتاريخ ١٤٣٢/٩/٢٢هـ، بعد استيفاء الملاحظات الواردة في قرار الدائرة الأولى للأحوال الشخصية والأوقاف والوصايا والقصار وبيوت المال ذو الرقم (٤٢٥/ح/١/٢)، وتاريخ ١٤٣٢/٤/٣هـ المرفق بخطاب رئيس محكمة الاستئناف بمكة المكرمة رقم (٦/١٢٥٩٧) في ١٤٣٢/٤/٩هـ.



يجب؟ وما مقداره؟ ومتى يتم تسليمه؟، وكل ذلك يستوجب النظر والتأمل، وأن لا تكون المرأة التي أوصى النبي ﷺ بالاستيصاء فيها خيرًا هي الحلقة الأضعف في القرارات القضائية الابتدائية أو الاستئناف، وإنما إنفاذ مقتضيات الأدلة الشرعية الثابتة حسبما سيتضح لاحقًا إن شاء الله.

٣- القضية المصادق عليها من محكمة الاستئناف بالرياض من دائرة الأحوال الشخصية الثالثة، وقد تضمنت أن امرأة تقدمت بدعوى على زوجها مطالبةً بالفسخ بسبب غشه وتدليسه، وذكرت أنه عقد عليها على مهر قدره خمسون ألف ريال، وأنها بعد الدخول اكتشفت أنه غير قادر على المعاشرة الزوجية لقصر عضوه، فأنكر ذلك، وبالإحالة إلى المستشفى للكشف ورد جوابهم أنه لا يوجد ما يمنع المعاشرة من حيث المبدأ، وأن الحقيقة العلمية تتطلب بعض الأجهزة وهي غير موجودة لدى ذلك المستشفى وقتها، فبعث القاضي حَكَمين من غير أهل الزوجين بعد تعذرهما عن بعث حكمين من أهلهما، فقرر الحَكَمان الفراق على عوض قدره خمسة وثلاثون ألف ريال لموافقة الزوجة عليه، وهو أقل من المهر المسمى، ثم حكم القاضي بفسخ النكاح على العوض المذكور في قرار الحكمين، وسبَّب القاضي حكمه أنه بُني على رأي الحَكَمين، وبعد اعتراض الزوج رفع الأمر إلى الاستئناف، فتمت المصادقة على الحكم(١).

ومما يلاحظ هنا الآتي:

أ - أن فضيلة القاضي اعتبر رأي الحكمان ملزمًا، وصادقه على ذلك قضاة الاستئناف، بينما في القضية السابقة لم يصادق الاستئناف على اعتبار رأي

---

(١) ينظر: قرار محكمة الاستئناف بالرياض ذو الرقم (٣٧١٤٩٧٤٥)، وتاريخ ٧/ ٥/ ١٤٣٧هـ.



الحكمين ملزمًا، وهذا فيه تضاد يجب أن لا يكون في القضاء، لاسيما وكثرة هذا النوع من قضايا الأحوال الشخصية.

ب - الأصل أن يتم التسبيب بموافقة الزوجة، وليس لإمضاء رأي الحَكَمين؛ لأن الحالة الراهنة هنا مشابهة لحديث امرأة ثابت بن قيس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، فالزوجة رغبت عن الزوج لعجزه عن الجماع حسب دعواها، ولم تثبت ذلك، والزوج يطالب بالصداق كله، والزوجة استعدت ببعضه.

٤- القضية المؤيدة من دائرة الأحوال الشخصية الثالثة بمحكمة الاستئناف بالرياض، حيث جاء فيها مطالبة الزوجة بفراق زوجها جوابًا على دعواه بطلب انقيادها، وسببت طلبها أنه يسيء عشرتها ووجود مشكلات بينهما، وأنها لا تطيق العيش معه، وكانت قد أنجبت له على فراش الزوجية ثلاث بنات، وقد رفض زوجها الفسخ والطلاق، وتم بعث حكمين، فورد قرارهم بالفسخ بدون عوض، ثم اعتمده القاضي في إصدار الحكم وفَسَخَ النكاح لذلك على غير عوض(١).

ومما يلاحظ الآتي:

هذا الحكم موافق للأصول الشرعية؛ إذ الواجب بعد بعث الحَكَمين وتعذر الإصلاح بين الزوجين أن يكون الفسخ من القاضي في حال استمرار مطالبة الزوجة به، وذلك لتعذر العشرة بينهما، ويتضح من سياق القضية والأسباب أن الحكم وإن وافق أصوله الشرعية إلا أن أسبابه لم تكن ظاهرة في تعذر العشرة، ومن هنا كانت الملاحظة أن تكون أسباب الفسخ واضحةً؛ لتكون الإجراءات

---

(١) ينظر: قرار دائرة الأحوال الشخصية الثالثة بمحكمة الاستئناف بالرياض ذو الرقم (٣٧٤٠٢٠٢)، وتاريخ ٤/ ٢/ ١٤٣٧هـ.

مطرَّدة ومتسقة في كافة القضايا المماثلة.

٥- القضية المنقوضة من محكمة الاستئناف بالرياض بالقرار الصادر من دائرة الأحوال الشخصية الأولى، وقد جاء في القضية مطالبة الزوجة بفسخ نكاحها من زوجها، بعد أن عقد عليها على مهر قدره ثلاثون ألف ريال، وأنجبت له ولدان، وسبَّبت طلبها بإساءته عشرتها وضربها، وعلاقاته المحرمة مع نساء وقذفه لها، فأنكر الزوج ذلك، فجرى بعث حَكَمين من غير أهل الزوجين بعد أن تعذر بعثهما من أهلهما، وكان قرار الحَكَمين الفراق على غير عوض، فحكم بموجبه القاضي، إلا أن الاستئناف لاحظوا أمورًا منها: وجوب بعث الحكمين من أهل الزوجين، ثم انتهى الأمر إلى صدور قرار الاستئناف بالنقض بناءً على هذا السبب، وهو وجوب بعث الحَكَمين من أهل الزوجين رغم جواب القاضي أنه تعذر ذلك[1].

ومما يلاحظ الآتي:

أن حكم القاضي في جملته جاء موافقًا للأصول الشرعية، مع شيء من الغموض الذي اكتنف مسار القضية، وغموض أكبر في تسبيبات الاستئناف؛ إذ أوجبوا بعث الحكمين من أهلهما حتى لو تعذر ذلك، وهذا كما سلف لا يتوافق مع ما يجب من فصل الخصومات وقطع المناعات.

٦- القضية المقيدة في المحكمة العامة بالخرج التي اكتسبت القطعية بعدم اعتراض المتداعيين على الحكم، وقد جاء في القضية أن الزوجة طالبت بفسخ

---

١)ينظر: قرار دائرة الأحوال الشخصية الثالثة بمحكمة الاستئناف بالرياض ذو الرقم (٣٦١٢٤٠٧٦٣) وتاريخ ٦/ ٨/ ١٤٣٦هـ.



نكاحها من زوجها بعد دخوله بها، وعشرته لها مدة تزيد عن السنة، وسبَّبت طلبها أنه يسيء عشرتها ويضربها ضربًا مبرحًا، وأنها لم تعد تطيق العيش معه، وقدمت تقريرًا طبيًا يفيد بوجود كدمات وآثار ضرب مبرِّح، فأقر الزوج بوجود مشكلات، وأنكر ضربه لها، كما شكك في التقرير الطبي المقدم منها؛ لكونه صادر عن مستشفى خاص غير حكومي، فجرى بعد ذلك بعث الحَكَمين من غير أهلهما، وأصدر الحَكَمان قرارًا بالفراق على عوض قدره نصف المهر، ففسخ القاضي نكاحهما بموجب قرار الحَكَمين(١).

ومما يلاحظ أن الحكم استند إلى رأي الحكمين بالفسخ على نصف المهر، ولم يوضح في الحكم مدى موافقة الزوجة ابتداءً على بذل هذا العوض؛ ليتوافق الحكم مع الدليل الشرعي، فإن كان هذا العوض قد بُذل من الزوجة عن رغبة، فلا إشكال على غرار حديث امرأة ثابت بن قيس، وإن لم يكن عن موافقة منها ابتداءً؛ فإن القرار بدفع العوض والحال هذه يكون قد جانب الصحة التي دلت عليها نصوص الشارع في مثل هذه القضايا، ذلك أن المهر قد استقر بمجرد الوطء والخلوة، ولا يجوز إعادته بعدها إلا بدليل صحيح الثبوت صريح الدلالة.

الاتجاه الثالث: يحل الأخذ في حال الكره ونحوه، ولا يحل الإلزام مطلقًا.

ينحو هذا الاتجاه إلى أنه لا يجوز للقاضي إلزام الزوجة مطلقًا بدفع العوض عند طلبها الفسخ، ولا يجوز للزوج أخذ العوض ما لم تكن الزوجة قد بذلته عن طيب نفس منها، أو بتوجيه إصلاحي وإرشادي من الحَكَمين أو القاضي أو

---

(١) ينظر: الصك الصادر في القضية المقيدة بالمحكمة العامة في الخرج برقم (٣٥٣٢٢٤٤٨٤)، وتاريخ ١٦/ ١١/ ١٤٣٥هـ.



غيرهما، وهذا الحِل مقتصر في حالات الكره المحض ونحوه، وليس في الحالات الموجبة للفسخ المباشر عند عجز الزوجة عن إثباتها(١)، فاتجاه أصحاب هذا القول إلى أن أخذ العِوض يجوز للزوج في حالة واحدة، وهي أن يكون سبب طلب فسخ النكاح الكره المحض أو غيرها من وسامة أو دمامة أو طول أو قصر ونحو ذلك مما لا يعتبر شرعًا من موجبات فسخ النكاح مباشرة(٢)، وما عدا ذلك فلا يجوز، ولا يحل للزوج أخذ العِوض عليه، وأما إلزام القاضي للمرأة ببذل العوض؛ فلا يجوز مطلقًا إلا حال صدور غش أو تدليس من ذات الزوجة، بأن تقول هي بكر فيتضح أنها ثيب ونحوه، فهذه هي الحالة التي يجوز فيها للقاضي إلزامها ببذل العوض، شريطة مطالبة الزوج به، وعدم صدور ما يدل على رضاه بالعيب سواءً بالقول أو الفعل الدال على ذلك، وما عداها فليس للقاضي إلا بعث الحَكَمين، فإن توصّلا إلى حل بينهما، وإلا ثبت للقاضي تعذر استمرار العشرة، وفسَخَ النكاح بموجبه على غير عوض، حتى لو كان سبب الفسخ الكره المحض، فليس للقاضي دور إلا محاولة التوفيق بين الزوجين، ومن ثم بعث

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٢٦٨)، وقد جاء فيه حل الأخذ صراحة، وأما المنع من إلزام الزوجة بالرد فهو من مفهوم كلامه في المرجع السابق، (١٠/ ٦٣)، حيث قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: "إذا كان –يعني الفسخ– بعد الدخول، فلها المهر؛ لأن المهر يجب بالعقد، ويستقر بالدخول، فلا يسقط بحادث بعده، ولذلك لا يسقط بردتها ولا بفسخ من جهتها". اهـ، كما قد دل عليه كلام ابن حجر والعيني في شرحهم لحديث امرأة ثابت بن قيس، وأن أمر النبي ﷺ بأخذ الحديقة، وتطليقها تطليقة إنما هو للإصلاح والإرشاد، لا الإلزام والإيجاب، ينظر: فتح الباري، ابن حجر، (٩/ ٤٠٠)، و: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، العيني(٢٠/ ٣٧٥).

(٢) نقصد بمسوِّغات فسخ النكاح المباشر، أي التي يتم فيها فسخ النكاح بدون بعث الحَكَمين، لانعدام كفاءة دينية أو دنيوية، كأن يثبت فسق الزوج بشرب الخمر مثلًا أو الزنا ونحوه، ينظر: الفرع الأول من المطلب الثالث، من المبحث الثاني من هذا البحث، ص (١٢).



الحَكَمين، وبعدها لا يملك سوى الفسخ على غير عوض، وهذا هو القول الذي جاءت به نصوص الشريعة، وتوافرت عليه الأدلة، ووافقته أحكام وأقضية السلف[١]، ولم يُذكر حسب اطلاعي في كتب التراث أن تم إلزام زوجة بالعوض بعد دخول الزوج بها وجماعه لها، إلا ما ورد على سبيل الإصلاح والإرشاد والتوفيق بين الزوجين.

وهذا الاتجاه الثالث عليه عمل من بعض القضاة في محاكم المملكة من غير تأصيل مطرد، ولا منهج مستقر، ومن ذلك اعتبارهم وإنفاذهم آراء الحَكَمين بالفسخ على عوض أقل من المهر[٢]؛ إذ إن رأي الحَكَمان على ما سيتضح يجب أن لا يخرج عن نصوص الشريعة، فإن هم رأوا العوض بأقل من المهر؛ فلابد لذلك من دليل شرعي، ولا دليل على الإلزام بما دون المهر، وهذا الاتجاه الثالث هو الذي يتسق مع نصوص الشريعة في موجبات استقرار المهر بالوطء، ومضامين الغرض من بعث الحَكَمين، وموجبات الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان، وليس في إقراره ما يخالف نصًا شرعيًا أو إجراءً قضائيًّا.

والأدلة على صحة هذا الاتجاه متوافرة متواترة، ومنها:

١- قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا﴾ [النساء:٢٠-٢١] فهذه الآية ظاهرة في تحريم الرجوع على المرأة بالصداق

---

(١) ينظر: المراجع السابقة، والأدلة اللاحقة.

(٢) ينظر: بعض التطبيقات الواردة في الاتجاه الثاني، ومنها التطبيق رقم (٦، ٥، ٤، ٣)، ص (٢٩) وما بعدها، فتارةً يكون الفسخ بدون عوض، وتارةً بعوض عبارة عن نصف المهر أو أقل.

حتى وإن كان كثيرًا؛ إذ ضرب الله المثل بالقنطار، والقنطار هو المال الكثير على اختلاف في تحديده بدقة(١).

٢- قول الله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة:٢٢٩]، وهذه الآية ظاهرة أيضًا في تحريم الرجوع على المرأة بالصداق، وورد استثناء واحد على ذلك، وهو خشية عدم اتباع أوامر الله في زوجها، ففي هذه الحالة يجوز لها الدفع ويجوز لزوجها الأخذ، والجواز غير الإلزام، فلا يعني جواز أخذ الزوج للعوض في هذه الحالة أن على الزوجة الدفع وجوبًا؛ إذ إن رفع الحرج على الزوج أن يأخذ الفدية لا يوجب على الزوجة دفعها.

٣- قول الله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء:٤]، وهذه الآية ظاهرة على حرمة الأخذ من صداق المرأة إلا بطيب نفس منها، وعند إلزامها بإعادة المهر أو بعضه؛ فإنه لا يكون بطيب نفس، فيبقى على أصل الحرمة.

٤- أن صَدَاق المرأة أمر لازم لها وواجب على زوجها، وقد جاءت أدلة الشرع متوافرة متظاهرة بتأييده، حتى وصل الأمر إلى وجوبه للزوجة غير المدخول بها، فإن كان قد سمي لها المهر فلها نصفه، وإن لم يسمَّ فلها متاع مثلها، وما ثبت بيقين لا يصار عنه إلا بيقين مثله، فإذا كانت أدلة الشرع على ثبوت المهر بالدخول ونصفه أو المتاع عند عدم الدخول؛ فلا يُنتقل عنه إلى وجوب إعادة المهر أو جزء منه إلا بدليل صحيح الإسناد صريح الدلالة ظاهر المعنى بيِّن الحجة.

---

(١) ينظر لسان العرب، ابن منظور، (٥/ ١١٨).

٥- أن من أتلف بكارة امرأة من غير إذنها، وهي ليست زوجة له أوجب عليه العلماء مهر المثل أرشًا للنقص الذي حصل عليها، قال ابن قدامة: "ولأن إتلاف العُذْرة مستحق بعقد النكاح، فإذا أتلفه أجنبي وجب المهر كمنفعة البضع"(١)، فلا وجه للقول بأن من شرط استقرار المهر استمرار تمكين المرأة لزوجها.

٦- ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [النساء:١٩]، ففي الآية دلالة على حرمة أخذ المهر أو جزء منه، وحرمة المضارة بالمرأة لأجل الحصول على ذلك، وقد ورد استثناء في حالة إتيانها بالفاحشة المبينة، وهي الزنا على الصحيح من أقوال العلماء، فلو أتت الزوجة بفاحشة مبينة جاز للزوج مضارتها والتضييق عليها لتفتدي، ولو كان إلزامها بالعِوض جائز شرعًا لوجَّه الشارعُ الحكيم الزوجَ بالتقدم إلى القاضي وطلب العِوض مباشرةً، فدلالة الآية إنما هي محصورة في جواز أخذ الفدية عند إتيان الزوجة بفاحشة مبينة، وليس كل ما جاز أخذه ديانةً جاز الإلزام به قضاءً.

٧- ثبت في الصحيحين أن رسول الله ﷺ قال للمتلاعنين بعد فراغهما من تلاعنهما: «الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟»، قالها ثلاثًا، فأبياه، فقال الرجل: يا رسول الله مالي - يريد بذلك الصداق - فقال رسول الله ﷺ: «لا مال لك، إن كنت صَدَقت عليها؛ فهو بما استحللت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها؛ فهو أبعد لك منها»(٢).

---

(١) المغني، ابن قدامة، (١٠/ ١٦٠).
(٢) رواه البخاري في صحيحه، (٧/ ٥٥)، رقم/ ٥٣١٢)، ورواه مسلم في صحيحه، (٢/ ١١٣١)، رقم/ ١٤٩٣).

فهذا الحديث من رسول الله ﷺ صريح الدلالة ظاهر البيان كامل الحُجة في أن المرأة لا تُلزم برد الصداق بعد استحلال الزوج فرجها، وهذا قضاؤه عليه الصلاة والسلام، وليس استصلاحًا أو إرشادًا، كما في حديث امرأة ثابت بن قيس، وإنما قضاء وفصل للخصومة، فدل على المنع من إلزام المرأة برد المهر.

٨- في سنن أبي داود عن بصرة بن أكتم أنه تزوج امرأة بكرًا في خدرها، فإذا هي حامل من الزنا، فأتى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك، فقضى لها بالصداق، وفرَّق بينهما، وأمر بجلدها، وقال: «الولد عبد لك»(١).

فهذا الحديث وإن كان ضعيفًا، إلا أنه صحيح المعنى في جزء منه، ففيه دلالة على عدم إلزام المرأة بإعادة المهر حتى في حال الغش، ولكن لا يصح الاستدلال به للضعف، وإنما يُستأنس به في الشق الذي وردت بصحة معناه أدلة أخرى.

٩- قوله ﷺ: «استوصوا بالنساء خيرًا، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله»(٢)، وليس من الاستيصاء بالنساء خيرًا استحلال فرجها بمال، ثم إلزامها بإعادة ذلك المال، حتى وإن لم يستمر الوفاق بين الزوجين؛ إذ إن غالب النساء إنما تنفق مهرها وصَدَاقها في زينتها لزوجها وإشباع رغبته بها، وليس من السواء والاستيصاء خيرًا أن تُؤمر بإعادة ذلك إلى الزوج حتى وإن نشأ نزاع بينهما فيما بعد، وغاية ما في الأمر أن عُقدة النكاح بيد الزوج، له الطلاق متى شاء من غير الرجوع إلى الحاكم، أما المرأة فلما يعتريها من نقص في القوامة وكمال العقل جُعل أمرها بيد من يستطيع تقدير صحة قرار الفراق من

---

(١) سبق تخريجه في ص (١١١) من هذا البحث، وقال عنه الألباني: ضعيف.

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الوصاة بالنساء، حديث رقم/ ٤٧٨٧)، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب الوصية بالنساء، حديث رقم/ ٢٦٧١).



عدمه وهو القاضي، إما بالتفريق بدون الحَكَمين حال ثبوت السبب الشرعي الموجب للفسخ المباشر، أو التفريق بين الزوجين بعد بعث الحكمين حال تعذر الجمع بينهما، وللقاضي عرض الصلح عليهما، والافتداء عند عدم وجود سبب معتبر في الفراق، فإن رضيت الزوجة بدفع وبذل الفدية، وإلا فَسَخَ القاضي نكاحها بلا عوض؛ لتعذر استمرار العشرة بينهما بمعروف.

١٠- أن المهر يستقر باستحلال الزوج فرج زوجته(١)، وما كان ثابتًا بيقين فلا يجوز العدول عنه إلا بيقين مثله، وإلزام المرأة بدفع العوض عند رغبتها الفراق ليس عليه دليل من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس أو فعل سَلَف، وإنما هو فهم غير دقيق وتطبيق غير صحيح لحديث امرأة ثابت بن قيس رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا، الذي دل على جواز أخذ الزوج للعوض، ولم يدل على إلزام الزوجة بدفع العِوض.

١١- أنه كما جاز للزوج حَل عقدة النكاح بلا عِوض يدفعه للمرأة عند طلاقه لها، حتى وإن ادعت المرأة لحوق أضرار بها جرّاء ذلك الطلاق، سواء كانت الأضرار حسيةً أو معنويةً، فكذلك للزوجة حَل عقدة النكاح بلا عِوض تدفعه للزوج، والاختلاف بينهما أن الفِراق يصدر من الزوج مباشرةً بلفظ الطلاق، بينما فِراق المرأة لابد فيه من وصاية الحاكم، لنقص عقل المرأة عن الرجل، فإذا ثبت للحاكم وهو القاضي صِدق رغبة المرأة في الفراق، وتعذر استمرار العشرة بينهما، وطبق في ذلك توجيهات الشارع ببعث الحَكَمين؛ فليس له بعدها إلا إثبات تعذر استمرار العشرة، ومن ثم فسخ النكاح على غير عوض.

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٦٣)، قال ابن قدامة رَحِمَهُٱللَّهُ: "إذا كان -يعني الفسخ- بعد الدخول، فلها المهر؛ لأن المهر يجب بالعقد، ويستقر بالدخول، فلا يسقط بحادث بعده، ولذلك لا يسقط بردتها، ولا بفسخ من جهتها"، المرجع السابق، ص (٦٣).

* الترجيح ودور القاضي في دعوى الفسخ.

ومما سبق يتضح صحة هذا الاتجاه؛ لتوافر أدلته من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، فإذا رفعت الزوجة دعوى الفسخ، وكان السبب الكره المحض ونحوه، أو كان السبب انعدام كفاءة أو اختلال شرط أو وجود عيب في الزوج ونحوها من الأسباب المعتبرة في الفسخ المباشر، ولم يثبت ذلك بإقرار أو بينة، فليس أمام القاضي إلا محاولة التوفيق بين الزوجين، ومن ثَم بعث الحَكَمين، فإن توصل الحَكَمان إلى ما يرضى به الزوجان وإلا فسخ القاضي النكاح على غير عوض، ما لم يصدر من الزوجة ذاتها غش أو تدليس ونحوه، من مثل أن تقول للزوج بأنها بِكْر فيتضح أنها ثيب، فإن صدر منها غش وطالب الزوج بالعوض، ولم يصدر منه قول أو فعل يدل على رضاه بالعيب بعد اتضاحه؛ جاز إلزامها برد الصداق(١)، أما لو صدر هذا الغش أو الخطأ أو التدليس من غيرها؛ فليس للقاضي إلا الفسخ على غير عوض، وإفهام الزوج أن له الرجوع على من غرَّه وليًا كان أو ساعيًا أو غيره.

المسألة الثالثة: خطوات رفع دعوى الفسخ.

بناءً على ما تم ترجيحه من أقوال واتجاهات في هذه المسألة؛ فإن المرأة إذا رغبت في فراق زوجها لها عدد من الحالات والسبل على النحو التالي:

١- إما أن ترغب في اختصار الإجراءات وعدم عرض أمرها على الحاكم، وتتوصل مع زوجها إلى حل بأن تدفع له مالًا مقابل طلاقه لها بدون رفع دعوى

---

(١) قال ابن قدامة: "إذا وجد عيب بالزوجة، وقت العقد أو بعده، ثم وُجد منه رضا، أو دلالة عليه كالدخول بالمرأة أو تمكينها إياه من الوطء، لم يثبت له -أي للزوج- الفسخ". اهـ المغني، (١٠/ ٦٤).



الفسخ؛ فهنا يتم دفع المال ويتم الفراق على العوض بلفظ الطلاق أو بلفظ الخلع، وتعتد بحيضة واحدة، وتبين من زوجها، فلا تحل إلا بعقد جديد بشروطه المعتبرة.

٢- أو أن ترغب الزوجة في فراق زوجها، وليس لديها الاستعداد بدفع عِوض في ذلك؛ فهنا تتقدم بدعوى الفسخ لدى القاضي تطالب بفسخ نكاحها من زوجها، وتذكر الأسباب التي دفعتها لهذا الطلب، **وهنا لا يخلو الحال من:**

أ - أن يكون لديها سبب معتبر شرعًا وموجب للفسخ المباشر، من مثل أن تُثبت بالبينة أو الإقرار فسق زوجها بزنًا أو شرب مسكر أو عجز عن النفقة أو عجز عن المعاشرة ونحوها، وعندها ليس أمام القاضي بعد نصحهما وإرشادهما بما يقتضيه الحال إلا الفسخ على غير عِوض، ومن غير بعث حَكَمين، ولا إشكال في ذلك.

ب - أن يكون لديها سبب معتبر موجب للفسخ المباشر، كما ورد في الفقرة السابقة (أ)، ولكن تعجز الزوجة عن إثبات ذلك السبب؛ فهنا ليس للقاضي إلا عرض الصلح عليهما، فإن توصلا إليه وإلا بعث الحَكَمين، فإن توصل الحكمان إلى حل يرتضيه الزوجان تم إنفاذ ما توصلا إليه، وإن تعذر على الحَكَمين الوصول إلى الإصلاح بين الزوجين أثبت القاضي هذه الحالة، وعندها يكون قد ثبت لديه تعذر استمرار العشرة بين الزوجين ويجب عليه عندها فسخ النكاح على غير عوض، وفقًا لما دلت عليه النصوص الشرعية السابق ذكرها.

ج - أن لا يكون لدى الزوجة سبب موجب للفسخ المباشر من فسق للزوج أو عجزه عن النفقة أو عجزه عن المعاشرة أو غيرها من موجبات الفسخ المباشر،

وإنما يكون سبب طلبها الفسخ الكره المحض، أو الكره بسبب دمامة أو وسامة أو طول أو قِصر أو غير ذلك، ففي حالة الكره هذه يتم عرض الصلح على الزوجين، مثلما عرضه النبي ﷺ على امرأة ثابت بن قيس، وعندها لا يخلو الأمر من حالين:

الحالة الأولى: أن يتوصل الزوجان لصلح سواء بدفع الزوجة كامل مهرها أو جزءًا منه، وعندها فإن القاضي يأمر الزوج بالفراق إما بلفظ الطلاق أو بلفظ الخلع، ومن ثم يثبت هذه الواقعة، ويُفهم المترافعان أن هذه بينونة صغرى لا يحل بعضهما لبعض إلا بعقد جديد بشروطه المعتبرة، كما يفهم القاضي المرأة أن عليها العدة حيضة واحدة، وبهذا تنتهي قضيتهما.

الحالة الثانية: أن لا يتوصل الزوجان إلى حل؛ ففي هذه الحالة يكون لزامًا على القاضي بعث الحَكَمين، أحدهما من أهل الزوج، والآخر من أهل الزوجة، فإن لم يستطع، فيبعث حَكَمين ممن يراهما القاضي أهلًا لذلك، وعندها يجتمع الحَكمان بالزوجين، ويجتهدان في الوصول بهما إلى حل يرتضيانه، فإن توصلا إلى حل يرتضيه الزوجان وجب على القاضي إمضاءه ما لم يكن فيه مخالفة شرعية، وإن لم يتوصل الحَكَمان إلى حل يرتضيه الزوجان، وجب رفع الأمر إلى القاضي، وعندها يكون قد ثبت للقاضي تعذر استمرار العشرة بين الزوجين، ويجب عليه وجوبًا شرعيًا فسخ النكاح **على غير عوض**؛ لتعذر استمرار العشرة، ولا ينفذ الحُكم حتى يكتسب الصفة النهائية، إما بقناعة المتداعيين، أو بتأييد الحكم من الجهة المختصة.

الفرع الثالث: وقت استقرار المهر.

اختلف العلماء في القدر الواجب به استقرار المهر؛ فهل المهر يستقر بمجرد العقد، أم بالرؤية، أم بالدخول والخلوة، أم أن المهر لا يستقر إلا بالوطء والجماع، فلتحرير هذه المسألة نقول: الأصل أن المهر يستقر بوطء الزوج لزوجته في قبلها، وهذا محل اتفاق بين العلماء، واختلفوا فيما دون ذلك بأن عقد عليها، ونظر إليها بدون خلوة، أو أنه اختلى بها مدة لا يكفي مثلها لحدوث الجماع، أو أنه اختلى بها مدةً كافيةً لحدوث الجماع، ولكن لم يحصل الجماع بينهما، وأشهر الأقوال في ذلك:

القول الأول: أن المهر لا يستقر إلا بالوطء، حُكي عن ابن مسعود وابن عباس، ورُوي نحو ذلك عن أحمد(١).

واستدلوا على ذلك بـ:

١- قول الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة:٢٣٧](٢)، والمس هو الوطء، ويجاب عنه بأن المس قد يراد به الخلوة هنا؛ لأنه يحتمل أن يكون سبحانه كنَّى بالمسبب عن السبب الذي هو الخلوة(٣).

٢- قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء:٢١] (٤)، والإفضاء هو الجماع، ويجاب عنه بأن الإفضاء هنا هو الخلوة - دخل بالمرأة أو

---

(١) المغني، ابن قدامة، (١٠/ ١٥٣).
(٢) سورة: البقرة، آية: (٢٣٧).
(٣) المغني، ابن قدامة، (١٠/ ١٥٤).
(٤) سورة: النساء، آية: (٢١).

لم يدخل - لأن الإفضاء مأخوذ من الفضاء وهو الخلاء، فكأنه قال: وقد خلا بعضكم إلى بعض(١).

٣- أن التي لم تُمس ولم توطأ مِثلُها مثل التي لم تتم الخلوة بها(٢)، ويجاب عنه: بأن الإجماع على خلاف ذلك كما سيأتي.

القول الثاني: أن المهر يستقر بالخلوة حتى، وإن لم يحدث جماع ووطء، روي عن الخلفاء الراشدين، وزيد، وابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وقال به علي بن الحسين، وعروة، وعطاء، والزهري، والأوزاعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي(٣).

واستدلوا على ذلك بإجماع الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أن المهر يستقر بالخلوة، عن زرارة بن أَوْفى، قال: "قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابًا أو أرخى سترًا؛ فقد وجب المهر، ووجبت العدة"(٤)، وهذه الأقضية مما يشتهر، ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعًا(٥)، وما روي عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ من مخالفة لا يصح، حيث رواه ليث وهو ليس بالقوي، بينما روى حنظلة موافقة ابن عباس؛ لقول الخلفاء وحنظلة أقوى من ليث(٦).

وقد وردت في هذه المسألة أقوال وتفصيلات أخرى، ليس هذا موطن بسطها، وإنما نُورِد ما له علاقة بمسألتنا.

---

(١) المغني، ابن قدامة، (١٠/ ١٥٤).

(٢) المغني، ابن قدامة، (١٠/ ١٥٣).

(٣) المغني، ابن قدامة، (١٠/ ١٥٣).

(٤) أخرجه البيهقي، باب من قال: من أغلق بابًا، كتاب الصداق، السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، مجلس دائرة المعارف، الطبعة الأولى ١٣٤٤هـ، (٧/ ٢٥٥ حديث رقم١٤٨٧٧).

(٥) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ١٥٤).

(٦) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ١٥٤).



* الترجيح:

يختلف الترجيح في هذه المسألة تبعًا لاختلاف الدعوى القائمة، فإن كانت رغبة الفراق من الزوج والطلاق صادر منه ابتداء؛ فإن الراجح والحال هذه القول الثاني، وهو استقرار المهر بالخلوة، لما قضى به الخلفاء الراشدون رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فهم أقرب الناس إلى النبي ﷺ، وهم الأعلم بمعاني الآيات، ومقاصد الشرع، أما إذا كان النفور ورغبة الفراق من الزوجة، بأن خلا بها الزوج من غير وطء، ثم رفعت هي دعوى الفسخ، ولم يكن ثمة سبب موجب للفسخ المباشر، أو أنه كان سببًا موجبًا، ولكنه لم يثبت؛ فإنه والحال هذه يترجح القول بعدم الاكتفاء بالخلوة سببًا مسقطًا لحق الزوج بالمهر، سدًّا لذريعة الاحتيال من الزوجة، وقد ورد مثل هذا عن أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حيث روي عنه أن الزوج إذا خلا بزوجته، وكانا صائمين صوم رمضان لم يستقر بذلك المهر؛ فعن أحمد: "إن كانا صائمين صوم رمضان، لم يكمل الصداق، وإن كان غيره كمل"، وقال أبو حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "إن كان المانع -أي المانع من الوطء- من جهتها لم يستقر الصداق"(١)، وقد أغلق النبي ﷺ باب الاحتيال وسدَّ ذريعتَه في حديث إلى امرأة رفاعة القُرظي حين طلقها فبَتَّ طلاقها، فتزوجت عبد الرحمن بن الزَّبِير، وأرادت أن ترجع إلى رفاعة قال لها الرسول ﷺ: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟! لا؛ حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك»(٢)، فلم تكن الخلوة وحدها كافيةً في حِلِّها لزوجها الأول.

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ١٥٦).

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، (٣/ ١٦٨ حديث رقم ٢٦٣٩).

❋ **وإذا اختلف الزوجان في الوطء بعد الخلوة،** فالقول قول الزوجة بيمينها؛ لرجحان كفتها بقرينة الخلوة، وقد قرر العلماء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ أن اليمين تُشرع في جانب أقوى المتداعيين(١)، فإذا رفعت الزوجة دعوى بفسخ نكاحها من زوجها، ولم يكن هناك سبب موجب للفسخ المباشر، أو أنه وجد السبب ولم يثبت ببينة أو إقرار، وكان الزوج قد خلا بزوجته وادعى أنه لم يطئها، فالقول قولها بيمينها لقرينة الخلوة، وإن لم يخلُ بها، ولكنه نال منها ما لا يحل لغيره، كأن يقبلها، أو ينظر إليها عريانةً، أو غير ذلك مما يحرم على غيره، فأكثر الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ على عدم استقرار المهر بذلك؛ لعموم قوله تعالى: ﴿مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٧]، فالمسيس ظاهره الوطء، واستثنيت الخلوة لإجماع الصحابة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ على استقرار المهر بالخلوة، وما عدا ذلك فيبقى على الأصل، وهو عدم استقرار المهر(٢)، لا سيما وأن النفور كان من الزوجة؛ فيجب عليها في هذه الحال إعادة الصداق عند الرغبة في الفسخ وجوبًا شرعيًا وقضائيًا.

❋ وإذا رفعت الزوجة دعوى بطلب فسخ نكاحها من زوجها الذي لم يدخل بها، ولكنها ادعت أنه رآها أو قبَّلها، أو نظر إليها عريانةً ونحو ذلك؛ فإن هذه أمور لا توجب استقرار المهر، ويجب عليها إعادة الصداق؛ لبقاء الأصل وهو عدم استقرار المهر.

---

(١) ينظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي المعروف بابن قيم الجوزية، مطبعة المدني، القاهرة، تحقيق: محمد جميل غازي، ص (١١٠).

(٢) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ١٥٨).

ومما سبق يتضح لنا في مسألة استقرار المهر الآتي:

١-إذا كانت رغبة الفراق صادرةً من الزوج؛ فإن الراجح أن المهر يستقر بالخلوة؛ لإجماع الخلفاء رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ على ذلك، فإذا اختلى الزوج بزوجته حتى لو لم يطأها؛ فإن المهر يكون قد استقر بذلك استقرارًا تامًا، فلا يحل له منه شيء حتى لو طلقها إلا بطيب نفس منها.

٢-إذا كان النفور ورغبة الفراق صادرةً من الزوجة بأن رَفَعت دعوى الفسخ؛ **فلا يخلو الأمر من أحوال:**

أ- أن يكون الزوج قد جامع زوجته، فهنا يكون المهر قد استقر بإجماع العلماء، ولا يحل للزوج منه شيء إلا بطيب نفس من الزوجة.

ب- أن يكون الزوج قد اختلى بزوجته ولم يجامعها، فهنا لا يستقر المهر، ويجب على الزوجة عند رغبتها الفراق إعادة الصداق إلى زوجها؛ ليتم فسخ نكاحها، ويجب إلزامها بتمكين الزوج من نفسها، أو إعادة صداقه إليه.

ج- أن يتفق الزوجان على حصول الخلوة، ويختلفان في حصول الوطء، فيقدم في هذه الحال قول الزوجة بيمينها؛ لترجح كفتها بقرينة الخلوة، فإن حلفت أنه وطئها كان لها الفسخ على غير عوض، وإن نكلت لم يكن لها ذلك.

د- أن لا يكون هناك خلوة ولا وطء، وإنما يحصل نظر وتقبيل ونحوه مما لا يحل إلا للزوج؛ فهذا مما لا يستقر به المهر، ويجب حينئذٍ على الزوجة إعادة الصداق كاملًا إلى زوجها إذا رغبت الفسخ وجوبًا شرعيًا وقضائيًا، ما لم يتنازل الزوج عن ذلك أو عن جزء منه.

الفرع الرابع: دور الحَكَمين.

فإن قيل: إذا كان الحُكم في الزوجة المدخول بها الفسخ على غير عوض حتى لو لم يكن بالزوج عيب؛ فما فائدة رفع الدعوى القضائية؟ ولِمَ لا نكتفي بذهاب الزوجة إلى القاضي لإثبات إقراراها بعدم الرغبة في الزوج، ويكون منها الفراق بأي اسم كان طلاقًا أو خلعًا أو غير ذلك، تمامًا كما هو الحال مع الزوج عند عدم رغبته بزوجته يطلقها من تلقاء نفسه، ويذهب للحاكم ليثبت هذا الطلاق؟

نقول للإجابة عن ذلك: إنَّ الفروقات الخَلْقية بين المرأة والرجل ظاهرة؛ فليس عقل الرجل في غالب الأحوال كعقل المرأة، ولهذا جعل الله عَزَّوَجَلَّ الطلاق بيد الرجل ولم يجعله بيد المرأة، فإذا رغب الزوج فراق زوجته ما عليه سوى إيقاع لفظ الطلاق، وليس له أدنى حق في مطالبتها بأي عوض، وليس لها هي أدنى حق في مطالبته بأدنى عوض، حتى لو عللت بأنه أذهب عنها البكارة، أو أنه أوقعها في خسارة مادية أو أذى نفسي أو فوات فرصة أو تشويه سمعة أو نحوها من سلبيات الطلاق على المرأة، فليس لها أن تطلب عوضًا عن ذلك، حسيًّا كان أو معنويًّا، وإنما هي علاقة متينة وميثاق غليظ متى توافق فيها الزوجان تحقق مقصودهما ومقصود الشارع من زواجهما، ومتى اختلف فيها الزوجان ووصلت الأمور حدًّا يتعذر معه الاستمرار في العشرة؛ شُرع فيها للزوج الفراق بلفظ الطلاق، وشرع فيها للزوجة الفراق إما بالخلع أو برفع دعوى الفسخ، وعندها يكون دور القاضي التأكد من صدق رغبة الزوجة أولًا، ومن ثم التأكد من أسباب هذه الرغبة في الفراق، ومدى إمكانية استمرار العشرة من عدمها، فإن كانت الأسباب معتبرةً في الفسخ المباشر، وثبتت بالإقرار أو البينة وجب على القاضي الفسخ مباشرة بلا حَكَمين وبلا عوض، وإن كانت الأسباب غير معتبرة في الفسخ المباشر كالكُرْه

مثلًا أو الوسامة أو الدمامة، أو الطول، أو القِصر، ونحوها، أو كانت هناك أسباب معتبرة في الفسخ المباشر ولكنها لم تثبت قضاءً ببينة أو إقرار ونحوها؛ فإن دور القاضي والحال هذه يقتصر في بعث الحَكَمين[١]، إنفاذًا لمقتضى قول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَـٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾ [النساء:٣٥]، فإن توصل الحَكَمان مع الزوجين إلى حل يتفقان عليه وإلا فسخ القاضي النكاح على غير عوض لتعذر استمرار العشرة بمعروف.

* وهنا يرد تساؤل هام عن دور الحَكَمين: هل هما مجرد مصلحين موفِقِين من غير إلزام؟ أم أنهما مُلْزِمين حاكِمين؟

تحرير محل النزاع:

لا شك أن الأصل في دور الحَكَمين هو السعي في الإصلاح بين الزوجين والتوصل إلى حل يتفقان عليه وتطيب به نفوسهما، سواء كان برجوعهما إلى بعض، أو بفراقهما على عِوض أو غير عوض، فمتى توصل الحكمان إلى إرضاء الزوجين بنتيجة مما سبق كان هذا هو المراد منهما، وعند عدم توصلهما إلى نتيجة ترضي الزوجين فقد اختلف العلماء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ في قرار الحكمين هل هو ملزم أو غير ملزم، تأسيسًا على تكييفهم لدورهما[٢]، وذلك على قولين:

القول الأول: أن الحَكَمين لهما كامل الحق في الإلزام، وما يريانه ويتوصلان إليه

---

(١) ينظر: الفقرة (أ) من المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٢) ينظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، كتاب الطلاق، باب الخلع، (٩/٤٠٣).

يلزم العمل به؛ حتى لو لم يرضى بذلك الزوجان أو أحدهما، قال به مالك والأوزاعي وإسحاق(١)؛ لأن الحَكَمين في حقيقتهما حاكمين وقاضيين في أمر الزوجين.

واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

١- أن الله تعالى قال: ﴿فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ﴾ [النساء:٣٥] فسماهما الله تعالى حَكَمين، ولم يعتبر رضى الزوجين، ثم قال ﴿إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا﴾ فخاطب بذلك الحَكَمين(٢).

٢- أن عقيلًا تزوج فاطمة بنت عقبة، فتخاصما، فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان، فبعث حَكَمًا من أهله عبد الله بن عباس، وحَكَمًا من أهلها معاوية، فقال ابن عباس: لأفرِّقن بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرِّق بين شخصين من بني عبد مناف، فلما بَلَغا الباب كانا قد أغلقا الباب واصطلحا(٣)، فلو لم يكن من شأن الحَكَمين الإلزام لما اختصم معاوية مع ابن عباس في الجمع والتفريق، ولكنهما عَلِما أن رأيهما نافذ فكان منهما ما كان.

٣- أن رجلًا وامرأةً أتيا عليًّا مع كل واحد منهما فئام من الناس، فقال علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها، فبعثوا حَكَمين، ثم قال علي

---

(١) ينظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، كتاب الطلاق، باب الخلع، (٩/ ٤٠٣)، و: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٢٦٤).

(٢) المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٢٦٤).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في باب الحَكَمين من كتاب الطلاق، المصنف (٦/ ٥١٣)، والطبري في تفسير سورة النساء الآية (٣٥)، تفسير الطبري (٥/ ٧٥، ٧٤)، وابن كثير في تفسير الآية نفسها، تفسير ابن كثير (٢/ ٢٥٩).

للحَكَمين: هل تدريان ما عليكما من الحق؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله عليَّ ولي، فقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت حتى ترضى بما رضيت به(١).

وفي هذا الحديث دلالة على أن عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يرى لزوم رأي الحَكَمين، وقيل: بل إن في هذا دلالة على عدم لزوم ونفاذ قول الحَكَمين إلا برضا من الزوجين(٢).

القول الثاني: أن الحَكَمين ليس لهما إلا الإصلاح والتوفيق لا الإلزام؛ ذلك أنهما وكيلان عن الزوجين، فحَكَم الزوجة وكيل عنها، وحَكَم الزوج وكيل عنه، وكذلك الحَكَمان المنصَّبان من القاضي فإنهما وكيلان عن الزوجين، فإن وكلت الزوجة حَكَمَها ورضيت بقوله قبْل أن يصدر منه ذلك لزمها ما يقول، وكذا الحال بالنسبة للزوج، وإن لم يفعلا فلا يعدو دورهما محاولة الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، قال به أبو حنيفة، وقول للشافعي، ورواية عن أحمد، ومذهب عطاء، وحُكي عن الحسن(٣).

واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

١- أن البضع حق الزوج، والمال حق الزوجة، وهما رشيدان؛ فلا يجوز لأحد غيرهما أن يتصرف فيهما إلا بوكالة منهما(٤).

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن، كتاب النكاح، باب المهر، (٣/ ٢٩٥)، و: عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب الحَكَمين، (٦/ ٥١٢).

(٢) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٢٦٤-٢٦٥).

(٣) قال به أبو حنيفة، وقول للشافعي، ورواية عن أحمد، ومذهب عطاء، وحُكي عن الحسن (المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٢٦٤).

(٤) المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٢٦٥).

٢- أن من قال بأن الحَكَمين نافذ قولهما جمعًا وتفريقًا اشترَط أن يكون هذين الحَكَمين عالمين بالجمع والتفريق؛ لأنهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما[(١)]، والأعم الأغلب في القضايا الزوجية أن الحَكَمين لا يمتون لهذا العلم بصلة، ولا يدركون أحكامه، ولا القضاء والبيِّنات، ولا معاني النشوز، ولا الواجب والمستحب، ولا يفرقون بين اللازم عُرفًا واللازم شرعًا، وكل ذلك من شأنه عدم قدرتهما على الوصول إلى الحكم الصحيح الموافق لأصول الشريعة الغراء، حتى وإن كانا على رجاحة من العقل واتزان في الرأي، فإن ذلك يفتقر إلى العلم بأصول الأحكام الشرعية، ولهذا كان لهما السعي في الإصلاح والتوفيق بينهما، فإن توصلا إليه وإلا رَفَعا أمر الزوجين إلى الحاكم.

* الترجيح:

يترجح والله أعلم أن دور الحَكَمين يقتصر في الإصلاح والتوفيق بين الزوجين والوصول إلى ما يرتضيه الزوجان اجتماعًا كان أو افتراقًا بشروط أو بدونها، وعند عدم قدرتهما على التوصل إلى وفاق بين الزوجين فليس لهما إصدار قرار، ولو أصدرا هذا القرار فلا يلزم تطبيقه ما لم يؤخذ إقرار صريح من الزوجين أنهما يرتضيان قول الحَكَمين مهما كانت نتيجته، فيُقبل عندئذٍ قول الحَكَمين تأسيسًا على أنهما وكيلان مخوَّلان من الزوجين بذلك.

ذلك أن من أهم شروط إصدار الأحكام أن يكون مُصدِرِها عالمًا بالفقه، عارفًا بالحُكم في المسألة المرادة، وغالب من يتم تحكيمهم في القضايا الزوجية إنما هم من قليلي العلم في هذا الجانب، تؤثر عليهم العاطفة، وينقصهم التفريق بين

---

(١) ينظر: المرجع السابق.



الواجب والمندوب، والمباح والمحظور، واللازم شرعًا واللازم عرفًا، وأحكام العِوض والخُلع والطلاق، وتفاصيل مسائل النشوز، والبينات الواجب تقديمها عند التعارض من عدمها، فكان الواجب اقتصار دور الحَكَمين على السعي في الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، فإن توصلا إلى ما فيه وفاقهما، وإلا رُفع أمرهما إلى القاضي لإنفاذ مقتضى الشرع.

فإذا بعث القاضي الحَكَمين من أهل الزوجين أو من غيرهما، وتعذّر عليهما الوصول إلى التوفيق بين الزوجين، فإن القاضي والحال هذه يكون قد ثبت لديه تعذر استمرار العشرة بينهما، ويجب عليه عندها فسخ النكاح على غير عوض، ما لم يكن صدر من المرأة غش ونحوه، كأن تقول بأنها بكر فيتضح أنها ثيب، **ويشترط في هذا الغش والتدليس:**

١- أن يكون صادرًا من المرأة نفسها.

فإن كان صادرًا من غيرها كوليِّها أو أحد غيره؛ فيفَسخ القاضي النكاح على غير عوض، ويرجع الزوج بالعِوض على من غرَّه، وأما إن كان الغش صادرًا منها؛ فللقاضي إلزامها ببذل العوض عند طلب الزوج حتى لو كانت رغبة الفراق صادرة من الزوج ابتداءً.

٢- أن لا يصدر من الزوج قول أو فعل يدل على رضاه بالعيب.

فإن صدر منه ذلك لم يجز إلزامها ببذل العوض، فلو اتضح له أنها ثيب، وكانت قد قالت له بأنها بكر، وبعد هذا الاتضاح استمر في معاشرتها والاستمتاع بها ولم يتوقف عن ذلك، فإنه يكون لها المهر كاملًا بما استمتع به منها.

* **ويشترط في الحَكَمين** أن يكونا بالغين، عاقلين، عدلين، مسلمين؛ لأنها شروط العدالة، كما يشترط كونهما ذكرين؛ لأن عملهما يفتقر إلى الرأي والنظر، ويفضل أن يكونا من أهل الزوجين، فإن تعذر جاز من غير أهلهما(١).

الفرع الخامس: مدة دعوى الفسخ.

لم يرد بمدة دعوى الفسخ تحديد، لا في نصوص الكتاب ولا السنة ولا الأنظمة، ولم أقف على قول لأحد الفقهاء حولها، غير أن المدة يحكمها بشكل عام قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، فالأصل أن دعوى الفسخ يجب أن تكون في مدة لا تُلحق بالزوجة ضررًا وكذلك بالزوج، فما رفعت المرأة هذه الدعوى إلا لمصلحة تراها وتحتاج فيها رأي القضاء ليحسم أمرها، وما الزوج في هذه الدعوى إلا راغب في معرفة ما ستؤول إليه الحال مع زوجته ليقرر بعدها ما فيه صلاحه، ولـمّا لم يَرِد بتقدير المدة نص قاطع كانت المرجعية في ذلك إلى الحد الذي يرتفع به الضرر عن المتداعيين، وأقرب مدة يمكن الاستئناس بها هي مدة الإيلاء، وقد حددها الله تبارك وتعالى في محكم التنزيل بأربعة أشهر، قال تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ [البقرة:٢٢٦-٢٢٧]؛ فالله عَزَّوَجَلَّ خلق خلقه وهو سبحانه أعلم بهم وبما ينفعهم، ولما كان بُعد الزوج عن جماع زوجته أكثر من أربعة أشهر يلحق بها الضرر الذي أمر الله برفعه بالفيء أو الطلاق، فإن لنا الأخذ بهذه المدة أمدًا لدعوى الفسخ بحيث يحسم القضاء أمر هذه الدعوى في خلال هذه المدة، ما لم يكن ترك الدعوى أو بعض إجراءاتها عائدًا إلى الزوجة، ذلك أنها مدعية،

---

(١) ينظر: المغني، ابن قدامة، (١٠/ ٢٦٦).



والقاعدة أن المدعي إذا ترك دعواه تُرِك، أو يكون هناك مصلحة ظاهرة معتبرة يراها القاضي سواء له فيها دليل صريح كمدة انتظار الغائب، أو لم يكن فيها إلا التقدير الجلي في الدلالة على مصلحة معينة، كتعيين أجل لثبوت العنة بتقرير طبي ونحوه.

الخاتمة

بحمد الله وتوفيقه تم الانتهاء من عرض أهم جوانب مسألة العِوض في فسخ النكاح، تلك المسألة التي لا تخلو محكمة من وجود قضية مرفوعة بشأنها، ما تزداد الحاجة معه إلى وضع تنظيم خاص لإجراءاتها وأهم أحكامها، لاسيما وما يكتنفها من غموض وتفصيلات كثيرة، وما يشهده الواقع القضائي السعودي من عدم وجود قاعدة مطردة أو أغلبية تحكم إجراءاتها على اختلاف أحوال وظروف كل قضية.

وقد دأبت جهاتنا القضائية في المملكة العربية السعودية، وكذا جهاتنا التنظيمية على العناية بكل ما من شأنه حماية الحقوق، ووضع ضوابط وإجراءات الوصول إليها، وتقرير الأحكام الخاصة بها، واعتماد القول الراجح عند تعدد الأقوال الفقهية تعددًا لا يخدم العدالة والإنصاف، فلا يُترك معه مجال للاجتهاد قدر المستطاع، كما هو الحال في مقدار الديات، وإجراءات التنفيذ، وعقوبات الجنايات، ونحوها، وليست الأحوال الشخصية إلا جانبًا هامًا وركنًا أصيلًا في مرفق القضاء، والعناية به من شأنها تحقيق الاستقرار المجتمعي، ومن هذا المنطلق، وإسهامًا مع رواد الفكر التنظيمي والقانوني، ومشاركةً في بحث المسائل الهامة ذات النفع العام، ولما وقفت عليه إبَّان عملي في مرفق القضاء من وجود حالات عديدة لا تُنْصَفُ فيها المرأة في دعاوى الفسخ، وتُلزم بما لم يُلزمها به الشرع، أو تظل معلقةً لا هي إلى زوجها ولا إلى حال سبيلها.

ولأن البناء الحقيقي يكمن في العطاء وإيجاد الحلول واقتراحها وفق عمل جاد ومؤصل ومنتظم وحيثيات واضحة ومدروسة؛ أنهيتُ بفضل من الله بحث هذه المسألة، رغبةً في إيضاح مفهومها، وفحواها، وكيفية إجراءاتها، وواقعها الحالي ومستقبلها المأمول في محاكم المملكة.

مضمِّنًا ذلك تطبيقات قضائية كنماذج وأمثلة، ومن ثم سرد لأقوال الفقهاء واستدلالاتهم حيالها، وإيضاح ما يترجح منها لديَّ وفق دلالات نصوص الكتاب الكريم والسنة النبوية المطهرة وشروحات فقهاء السلف، ومن ثم اقتراح تنظيمًا لها يوضح إجراءاتها ويحسم تعدد الاجتهادات فيها في شكل نصوص نظامية على غرار العديد من أنظمة المملكة.

راجيًا من الله العلي القدير أن يكون في هذا العمل إسهام إيجابي نحو إيضاح هذه المسألة وتقرير قواعد العمل فيها وإجراءات السير في نظرها، والله أسأل العون والتوفيق والإخلاص في القول والعمل.

ومن خلال ما تم طرحه ومناقشته فقد توصلت إلى جمع من النتائج الهامة، يمكن تلخيصها في الآتي:

١- العِوض في فسخ النكاح هو الصَدَاق أو المهر الذي تعيده الزوجة إلى زوجها، نقدًا كان أو عَرَضًا، لقاء تفريق القاضي بينهما وإصداره حكمًا بذلك، سواء كان البذل للمال قبل الحكم أو بعده.

٢- الأصل عدم جواز إلزام الزوجة بإعادة مهرها ولا جزء منه عند طلبها الفسخ، ويباح في بعض الحالات إعادته، وفرق بين الإلزام والإباحة.

٣- لا توجد قاعدة مطّردة ولا أغلبية في محاكم المملكة العربية السعودية لدعاوى



الفسخ، وكيفية السير فيها، وحالات إلزام الزوجة بالعِوض، وإنما الأمر متروك لاجتهادات القضاة، ما أدى إلى عدم اتساق كثير من الأحكام رغم تشابه الظروف.

* التوصيات:

تحتل العلاقة الزوجية أهمية بالغة، ولذا سُمي عقدها بالميثاق الغليظ، وحيث إن تفاصيل مسائل الفسخ كثيرة وأمرها عظيم، فإنه من اللازم إيجاد تنظيم يخصها يأتي على مواطن النزاع والاختلاف فيحسمها بإقرار الصالح منها، ولا يُترك الأمر للاجتهادات، حتى وإن صدرت ممن يحملون تأهيلًا عاليًا، لاسيما وكثرة الدعاوى القائمة بهذا الشأن والتباين الحاصل في الأحكام حولها، ولهذا فمن المناسب إقرار أحكامها في مجموعة من النصوص يصدر بها تعميم، أو يتم تضمينها أحد الأنظمة ذات العلاقة، وتكون نصوصها على النحو التالي:

فصل في فسخ النكاح

مادة ١ : لا يجوز للمرأة شرعًا طلب فراق زوجها من غير ما بأس، ولا يلغي هذا حقها القضائي في طلبه.

مادة ٢ : الأصل في دعاوى الفسخ عدم إلزام الزوجة بإعادة المهر إلا ما استثني بأحكام هذا النظام.

مادة ٣: في حال نشوء نزاع بين الزوجين فإن لهما الصلح على الفِراق عند غير الحاكم بعوض أو بغير عوض، على أن لا يخالف الصلح أحكام الشرع أو النظام.

مادة ٤ : عِوض الفِراق يكون الصداق المُسمى أو أقل، ولا يجوز الزيادة على ذلك، سواء كان الفِراق فسخًا أو خلعًا أو طلاقًا.



مادة ٥: في حال اصطلاح الزوجين عند غير الحاكم على الفِراق بعِوض؛ فإنه لا يحل ديانةً للزوج أخذ هذا العِوض بعد استقراره في ملكية الزوجة بالوطء حتى وإن بذلته، إلا في الحالات التالية:

أ - أن تبذل الزوجة العِوض عن طيب نفس منها.

ب-أن تبذل الزوجة العِوض لعدم وجود سبب معتبر للفسخ المباشر، كأن تكرهه كرهًا محضًا، أو لصفة لا يتعذر معها استمرار العشرة بمعروف كطول أو قصر أو وسامة أو دمامة ونحوها.

ج- أن تكون الزوجة قد أتت بفاحشة مُبَيِّنة وهي الزنا حتى لو لم يتم ثبوته بإقرار أو بينة.

مادة ٦: عند إثبات القاضي الصلح المشار إليه في المواد (٣، ٥)؛ فإن عليه إفهام الزوج بالحالات المذكورة في المادة (٥)، وأن الإجازة القضائية لا تعني الإباحة الشرعية، وإنما هي لإنهاء النزاع وفصل الخصومة، فما كل ما جاز قضاءً جاز ديانةً.

مادة ٧: للزوجة قضاءً حق المطالبة بفسخ نكاحها من زوجها أيًّا كان سبب ذلك وموجبه.

مادة ٨: يفرِّق القاضي بين المرأة والرجل إذا ظهر من الأسباب ما يتعذر معه وجود عقد الزواج، كأن يظهر أخوة الرجل للمرأة برضاع أو نسب، أو بنوته لها، أو أبوته، أو عمومته، ونحوها مما أجمع عليه الفقهاء، كالجمع بين الأختين، أو بين الملاعن والملاعنة، أو أكثر من الرابعة، وغيرها، ويكون دور القاضي والحال هذه الكشف والإيضاح لا الفسخ.

مادة ٩: تنقسم موجبات فسخ النكاح المشار إليها في المادة السابعة (٧) إلى قسمين: **أحدها:** أسباب موجبة للفسخ المباشر بدون بعث حَكَمين، **والآخر:** أسباب موجبة للفسخ بعد بعث الحَكَمين.

مادة ١٠: من الأسباب ما هو موجب للفسخ المباشر على غير عوض، ومن دون بعث حَكَمين شريطة ثبوته بإقرار أو بينة، وهي الأسباب التالية:

أ- الأسباب القائمة على انعدام كفاءة الدين، كأن يظهر فسق الرجل مع المرأة الصالحة، من مثل تناوله المسكرات، أو المخدرات، أو معاشرته للنساء الأجنبيات، أو غيرها من كبائر الذنوب، شريطة أن لا تعلم به الزوجة قبل العقد.

ب- الأسباب القائمة على انعدام كفاءة الحرية، كأن تُعتق الرقيقة أو يُستَرَقَّ الحُر.

ج- الأسباب القائمة على انعدام كفاءة الصناعة أو اليسار أو النسب حسبما يكون ثابتًا بالعرف الشائع المطرِّد، شريطة أن لا تعلم به الزوجة ووليها قبل العقد.

د - الأسباب الناتجة عن مخالفة الزوج لشرط صحيح، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يخرجها من دارها، أو بلادها، أو أن لا يمنعها من عملها، فإن هو خالف ذلك كانت مخالفته موجبةً للفسخ المباشر.

هـ- الأسباب الناتجة عن وجود عيب بالزوج من شأنه تعذر استمرار العشرة معه على الوجه المقصود في إعفاف الزوجة، سواء كان العيب موجودًا قبل عقد النكاح ولم يُخبر به الزوجة، أو كان نشوء العيب بعد العقد، كما لو كان



الزوج عنينًا أو مجبوبًا أو به جنون أو بخر أو برص أو جذام أو نحوه، على أن يثبت ذلك ثبوتًا قضائيًا.

مادة ١١: في حال وجود سبب من الأسباب المذكورة في المادة السابقة (١٠)، ولكنه لم يثبت بإقرار أو بينة؛ فإنه يتطلب للفسخ اتباع الإجراءات الواردة في المادة الثالثة عشر (١٣).

مادة ١٢: من الأسباب ما لا يوجب الفسخ المباشر من القاضي بدون بعث حَكَمين حتى وإن ثبت بإقرار أو بينة، وإنما يستلزم بعث حَكَمين للإصلاح بين الزوجين ما استطاعوا، فإن تعذر ذلك ثبت معه تعذر استمرار العشرة بينهما، وتم الفسخ بموجبه، ومن تلك الأسباب: الكره المحض من غير سبب، أو الكره لسبب غير معتبر كطول الزوج أو قِصره أو دمامته أو نحوها مما لا تتعذر معه استقامة الحياة الزوجية.

مادة ١٣: إذا قام سبب من الأسباب المذكورة في المادة السابقة (١٢)، فلا يخلو حال الزوجة من أن تكون غير مدخول بها أو مدخول بها.

أ - فإن كانت الزوجة غير مدخول بها، ولم يسمَّ مهرها، فيفسخ نكاحها على غير عوض عند طلبها الفسخ.

ب - وإن كانت الزوجة غير مدخول بها، وسُمي مهرها، فيفسخ نكاحها على عوض، وهو كامل الصداق الذي استلمته كثيرًا كان أو قليلًا، حتى وإن كانت قد تصرفت به لمقاصد الزواج، فتغرمه نقدًا إن كان نقدًا، ومثله إن كان عينًا؛ لأن الصداق مقابل الاستمتاع، ولو لمرة واحدة ولم يحصل ذلك.



ج - وأما إذا كانت الزوجة مدخولًا بها؛ فعلى القاضي والحال هذه التدرج مع الزوجين في الإجراءات التالية مرتبةً حسب الأولوية:

١- أن يعرض عليهما الصلح، وأن يعظهما وينصحهما بما دلِت عليه آيات الكتاب الكريم وسنة النبي ﷺ.

٢- أن يعرض القاضي على الزوجة الافتداء عرض إصلاح وإرشاد لا إلزام وإيجاب، فإذا وافقت الزوجة على الافتداء؛ جرى إفهام الزوج بحالات حِل الأخذ المذكورة في المادة الخامسة (٥) قبل إثباته حالة الخلع هذه.

٣- يبعثُ القاضي حَكَمين من أهل الزوجين قدر المستطاع، فإن تعذر فمن غير أهلهما، ويوصي القاضي الحَكَمين بتقوى الله وإخلاص النية في رغبة الإصلاح بين الزوجين.

٤- يُثبت القاضي ما يتوصل إليه الحَكَمان من إصلاح بين الزوجين سواء على الاجتماع أو الافتراق، بشروط أو بدونها، ويمضي ذلك ما لم يتضمن مخالفة شرعية أو نظامية.

٥- إذا تعذر على الحَكَمين الإصلاح بين الزوجين اجتماعًا أو افتراقًا بشروط أو بدونها؛ فإنهما يرفعان خلاصة ما جرى إلى القاضي، ورأيهما غير مُلزم.

٦- يُثبت القاضي جميع الوقائع السابقة من دعوى الزوجة، وعرضه عليها الصلح والافتداء، وما تم من بعث الحكمين، وتعذر الإصلاح بين الزوجين، وبموجب جميع ذلك يكون قد ثبت لديه تعذر استمرار العشرة بينهما بمعروف؛ فيفسخ النكاح لذلك على غير عِوض.



مادة ١٤: يجب أن تتم جميع هذه الإجراءات في مدة لا تُلحق الضرر بالمتداعيَين، وتُقدَّر هذه المدة بأربعة أشهر اعتبارًا من تاريخ قيد الدعوى، وحتى تاريخ صدور الحكم الابتدائي، ما لم يكن سبب التأخر عائدًا إلى المدعية، أو إلى مصلحة ظاهرة معتبرة يراها القاضي، وينص عليها في ضبط القضية، وتكون خاضعة للتدقيق عند الاعتراض.

مادة ١٥: استقرار المهر في قضايا الفسخ يكون بالوطء لا بمجرد الخلوة؛ سدًّا لذريعة الاحتيال، وفيما عدا دعاوى الفسخ فاستقرار المهر بالدخول والخلوة ولو لم يتم الوطء.

مادة ١٦: عند اختلاف الزوجين في حصول الوطء بعد الخلوة، فالقول قول الزوجة بيمينها بعد إفهامها معنى الوطء، وذلك لترجح جانبها بقرينة الخلوة، واليمين تشرع في جانب أقوى المتداعين.

مادة ١٧: لا يكون قول الحَكَمين ملزمًا للزوجين إلا في أحد حالين:

أ - أن يقر كل واحد من الزوجين مسبقًا بقبول قرار حَكَمه، فينفذ عندها قرار الحَكَمين باعتبارهما وكيلين.

ب- أن يكون الحَكَمان ممن تتوافر فيهما شروط تولي القضاء شرعًا؛ لأن نفاذُ قولهما يتوقف على مدى علمهما بالقضاء والبينات ومعاني النشوز وموجبات الفسخ وطرائق الإثبات ونحوها، ويشترط في ذلك مراعاتهما أحكام هذا النظام.

مادة ١٨: في غير دعاوى الفسخ تُلزم الزوجة برد المهر عند مطالبة الزوج في الحالات التالية:

أ - إذا صدر منها غش، كما لو قالت بأنها بكر فاتضح أنها ثيب، شريطة أن يكون الغش صادرًا عنها، وأن لا يصدر من الزوج قول أو فعل يدل على رضاه بهذا العيب، كاستمراره في معاشرتها بعد علمه به، وإن صدر الغش من غير الزوجة فيرجع الزوج على من غرَّه، ويستقر المهر للزوجة، ولا يجوز إلزامها برده.

ب- إذا طلق الزوج زوجته قبل الدخول والخلوة، وكان قد سلمها كامل صداقها؛ فتُلزم بإعادة نصفه، وإن كانت قد تصرفت بالصداق بعد استلامها له وقبل الخلوة؛ فلا يخلو تصرفها من أن يكون لأمر خارج عن مقصود الزواج، أو أن يكون تصرفها لأمر من دواعي الزواج ومقاصده:

١- فإن هي تصرفت بالصداق في أمور خارجة عن مقصود الزواج، كأن تقضي به دينًا، أو تهب منه عَرَضًا، أو تتصدق منه جزءًا؛ فإن عليها أن تغرم نصفه نقدًا إن كان الصداق نقدًا، أو مثله إن كان الصداق عينًا.

٢- وإن هي تصرفت بالمهر في أمر من مقاصد الزواج وأهدافه، بأن تبتاع به زينةً لها كلباس أو عطر أو نحوهما، فعندئذٍ يكون ما اشترته بمثابة ما لو أصدقها الزوج إياه، فلا تغرمه نقدًا، وإنما تعيد له نصف ما اشترت من أعيان؛ لأنه مأذون لها في التصرف به على هذا النحو، ولو تنازعا في ذلك فالقول قولها بيمينها؛ لقوة جانبها وأن يدها على المال يد أمانة.

والحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات..

فهرس المراجع

١-القرآن الكريم.

٢- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.

٣-الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت.

٤- الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت.

٥- التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤوف المناوي، دار الفكر-بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ، تحقيق د. محمد رضوان الداية.

٦-الجامع الصحيح، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم المغيرة البخاري، تحقيق محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

٧- الجامع الصحيح، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق أحمد شاكر وآخرين.

٨- الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد القرطبي، دار عالم الكتب، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ.

٩- السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مجلس دائرة المعارف النظامية، الطبعة الأولى ١٣٤٤هـ.

١٠- الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى.

١١- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي المعروف بابن قيم الجوزية، مطبعة المدني، القاهرة، تحقيق محمد جميل غازي.

١٢- الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الرحيلي، دار الفكر - سورية - دمشق، الطبعة الرابعة بالنسبة لما سبقها، وال١٢ ثانية عشرة بالنسبة لما تقدمها من طبعات مصوّرة.

١٣- القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي.

١٤- الكافي، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، تحقيق د. عبد الله التركي، دار الهجرة، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.

١٥- المجتبى من السنن، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ، الطبعة مذيلة بأحكام الألباني عليها.

١٦- المجموع شرح المهذب، محيي الدين بن يحيى بن شرف النووي، موقع مكتبة المسجد النبوي.

١٧- المصنف، عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية ١٤٠٣ه.

١٨- المعجم الكبير، للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية.

١٩- المغني، عبد الله بن أحمد بن قدامة، تحقيق د. عبد الله التركي.

٢٠- الملخص الفقهي، د. صالح الفوزان، دار ابن الجوزي.

٢١- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية.

٢٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت. ٢٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار المعرفة، الطبعة السادسة ١٤٠٢هـ.

٢٤- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.

٢٥- سنن ابن ماجة، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

٢٦- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، بيروت.

٢٧- سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني البغدادي، دار المعرفة، بيروت ١٣٨٦هـ، تحقيق: السيد عبد الله هاشم المدني.

٢٨- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، بيت الأفكار الدولية، ١٤١٩هـ.

٢٩- صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي.

٣٠- صحيح وضعيف سنن أبي داود، محمد ناصر الدين الألباني، مركز نور الإسلام.

٣١- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، بدر الدين محمود بن أحمد العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.

٣٢- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت.

٣٣- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠م والمنشور في الجريدة الرسمية، رقم ٥٠٦١، وتاريخ ١٧/ ١٠/ ٢٠١٠م.

٣٤- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠م، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم ٥٠٦١، وتاريخ ١٧/ ١٠/ ٢٠١٠م.

٣٥- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم (٢٨/ ٢٠٠٥م).

٣٦- قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين رقم ٦١ لسنة ١٩٩٦م، و٢٩ لسنة ٢٠٠٤م، و٦٦ لسنة ٢٠٠٧م، الطبعة الأولى ٢٠١١م.

٣٧- كتاب المبسوط، شمس الدين محمد بن أبي سهل السرخسي، تحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.

٣٨- لسان العرب، محمد ابن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى.

٣٩- مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني، تحقيق أنور الباز، دار الوفاء، الطبعة الثالثة، ١٤٢٦هـ.

٤٠- مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ.

٤١- مصنف عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.

٤٢- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.

٤٣- مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ.



Consideration in Dissolution of marriage

Practical Consolidation Research according to the doctrinal and juristic provisions،

and what is usually applied In the courts of Kingdom of Saudi Arabia

Dr. Mosaad Hamad Al Sharedy

Former -Shaqrah University, Riyadh-Law Professor Assistant

Judge of Supreme Court of Riyadh

Summary of the research

This research is included in the personal status law which is one of the important sections in the Personal Law; many of the Islamic and Arabic countries attend to list these texts borrowing them from Islamic juristic judgments according to the prevalent belief, and Kingdom of Saudi Arabia overworks to get the results according to the case researcher, so the provisions of the personal law are not listed in a constant texts, what led to the presence of different independent judgments, but the obligation in the judicial cases is to list the provisions especially when it is repeated and touches the society's stratum, such as our research which contains a main content of discussing to oblige the wife to payback the dower which she received

from the husband when she brought to trial of dissolution of marriage "consideration", this case has been defined, and the obligations of the direct dissolution according the lack of the fitness in religion or temporal has been mentioned, the obligations of Baath Alhakamain too, then mentioning the doctrinal legacy trends and the realism scientific about treating this case, caring to the realistic evidences and judicial applications from the courts of Kingdom of Saudi Arabia, then to came up with the most superior and acceptable opinion, that the valid wife must not be obliged to pay back the dower except in few extraordinary cases, a group of provisions have been recommended in legal articles organize the procedures and judgments which must be followed in these cases،



إخفاء الشهود خوفًا على الشاهد

إعداد

د. محمد بن عليان المشرافي المطيري

الأستاذ المساعد بجامعة شقراء



مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، أما بعد:

فإن من مقاصد الشريعة الحفاظَ على الكلِّيات الخمس، وهي: الدين والنفس والعقل والنسل والمال، ومن وسائل المحافظة عليها الشهادة؛ حيث تبرز أهميتها عند الخصومات والمنازعات، وجحد الحقوق ونكرانها، ورمي الناس بالباطل، فيلجأ الناس للقضاء، وحينئذٍ تكون من أهم الوسائل التي تحفظ للناس حقوقهم.

ولما كانت الشهادة من أهم وسائل الإثبات التي يعتمد عليها القضاء ودليل حق، وحجة حقيقية أمام القضاء لإظهار الحقوق لأهلها، ونورًا جليًّا للقضاة يهتدون بها في إحقاق تلك الحقوق، ودفع المظالم، ورفعها عن المظلومين، لأمر الله -سبحانه وتعالى- به حيث قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَوِ ٱلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ ﴾ [النساء:١٣٥].

والشاهد الذي لديه من العلم ما يحق به حقًّا أو يبطل باطلًا محتسبٌ في أداء شهادته، لا يكلف بما فيه عليه حرج، بل حقه الإكرام.

ومن المعلوم أن كثيرًا من الحقائق والمعلومات التي تدفع بها مظالم، ويكف بها شرور ومفاسد تكون في صدور الشهود، لكنهم لا يظهرونها ولا يخبرون بها ويبلغون عنها؛ خوفًا على أنفسهم، وأسرهم، وأقاربهم، وأموالهم، ومصالحهم الشخصية من أعمال انتقامية وإجراءات تعسفية من قبل الجناة الذين يترصدون



لهم كل مرصد، ومع ذلك فإنه لا يجب أن يكون هذا الخوف مانعًا من إيصال كلمة الحق والصدح بها؛ نصرة للمظلوم ودفعًا لشر المفسدين.

وفي هذا البحث الذي أسميته: **(إخفاء الشهود خوفًا على الشاهد)**، حاولت فيه أن أبيِّن أهمية الموازنة بين مصلحتين؛ مصلحة حفظ الحقوق، ومصلحة حماية الشاهد، فلا تضيع الحقوق بإحجام الشاهد عن إثبات شهادته، ولا يترك الشاهد للتعرض للمهالك والأخطار، وبيان النظر الشرعي الذي توصلت إليه، ولاح لي في حكم أن يُعمَّى أمر الشاهد بحيث لا يهتدي إليه من يتضرر بشهادته، ويكشف مكان إقامته ومعرفة سائر أحواله فتتحقق مصلحة إخفائه.

والله أسأل أن يبارك في هذا العمل وينفع به، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين، والحمد لله رب العالمين.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تتحقق أهمية الموضوع وأسباب اختياره من جهة كونه يرتبط بالشهادة التي هي من أهم وسائل الإثبات التي يعتمد عليها القضاء؛ إذ إنها حجة شرعية تثبت بها جميع الحقوق إلا ما ندر، وقد يحجم عن الإدلاء بها من تحملها، لا سيما في القضايا العظام والأمور الجسام؛ إذا أحس بالخطر وخاف على نفسه وأهله وماله، وكل ما قد يلحق به أذى معنوي أو مادي، ومن هنا كان الباعث قويًّا على اختيار هذا الموضوع ودراسة حكم إخفاء الشاهد ضمانًا لسلامته أولًا إذا كان الكشف عن اسمه وهويته يشكل خطرًا عليه، ولتحفيز وتشجيع الشهود ثانيًا على ثقافة التبليغ والإدلاء بشهاداتهم، وذلك عند معرفة الحكم الشرعي وضمان إخفاء هويتهم، خاصة في القضايا الحساسة المتعلقة بالفساد والجريمة المنظمة.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى دراسة هذا الموضوع دراسة فقهية لبيان حكم إخفاء الشاهد الذي يملك حقائق ومعلومات قد يترتب عن إفصاحه بها أخطار كبيرة على نفسه وأهله وماله، وكيف يمكن أن يؤدي شهادته دون أن يتعرف عليه ويصل إليه من يتضرر بها، فيضمن عدم ضياع الحقوق، وذلك بإحجام الشاهد عن إثبات شهادته، وألا يترك الشاهد للتعرض للمهالك والأخطار.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والاطلاع لم أقف على دراسة علمية سابقة تناولت هذا الموضوع بخصوصه.

منهج البحث وهو كالآتي:

١) تصوير المسألة المراد بحثها تصويرًا دقيقًا قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها.

٢) إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

٣) إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع الآتي:

أ. تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

ب. ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

ج. الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، وإذا لم أقف على المسألة في

مذهب ما فأسلك فيها مسلك التخريج.

د. توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

ه. ذكر أهم أدلة الأقوال، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن كانت، وأذكر ذلك بعد الدليل مباشرة.

و. الترجيح مع بيان سببه.

٤) الاعتماد على أُمَّات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير، والتوثيق، والجمع والتخريج.

٥) التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.

٦) تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

٧) العناية بدراسة ما جدَّ من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.

٨) ترقيم الآيات وبيان سورها مضبوطة بالشكل.

٩) تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية وإثبات الكتاب والباب والجزء والصفحة والرقم، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها – إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما – فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذٍ بتخريجها منهما.

١٠) تخريج الآثار من مصادرها الأصلية، والحكم عليها.

١١) التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.

١٢) توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة وتكون الإحالة عليها بالمادة

والجزء والصفحة.

١٣) العناية بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم، ومنها علامات التنصيص للآيات الكريمة، وللأحاديث الشريفة والآثار، ولأقوال العلماء، وأميز العلامات أو الأقواس ليكون لكل منها علامته الخاصة.

١٤) تكون الخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات.

١٥) ترجمة الأعلام غير المشهورين بإيجاز بذكر الاسم والنسب، وتاريخ الوفاة، والمذهب العقدي والفقهي، والعلم الذي اشتهر به، وأهم مؤلفاته ومصادر ترجمته - إن وجدوا.

١٦) إذا ورد في البحث ذكر أماكن، أو قبائل، أو فرق، أو أشعار أو غير ذلك أعرِّف بها مع وضع فهارس لها، خاصة إن كان لها من العدد ما يستدعي ذلك.

١٧) مراجع البحث:

أرتبها على حسب الترتيب الهجائي وعلى النحو الآتي:

أ . عنوان الكتاب.

ب . اسم المؤلف والمحقق إن وجد.

ج . الدار أو الناشر.

د . سنة الطبع ورقم الطبعة.

١٨) أُتبع البحث بالفهارس الفنية المتعارف عليها، وهي:

- فهرس الآيات القرآنية.
- فهرس الأحاديث والآثار.
- فهرس الأعلام والفرق -إن وجد-.
- فهرس المراجع والمصادر.
- فهرس الموضوعات.

خطة البحث:

قسَّمت هذا البحث إلى مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث وخاتمة، وذلك على النحو الآتي:

التمهيد: في بيان تعريف الشهادة، ومشروعيتها، وحكمها من حيث التحمل والأداء والشهادة في الحقوق.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشهادة.

المطلب الثاني: مشروعية الشهادة.

المطلب الثالث: حكم تحمل الشهادة وأدائها.

المطلب الرابع: الحالات التي يجوز فيها كتمان الشهادة.

المطلب الخامس: الشهادة في الحقوق وتقدم الدعوى.

المبحث الأول: حكم الشهادة على الشهادة.

المبحث الثاني: موضع قبول الشهادة على الشهادة.

المبحث الثالث: شروط الشهادة على الشهادة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيان شروط الشهادة على الشهادة.

المطلب الثاني: صفة أداء الشهادة.

المبحث الرابع: إخفاء الشهود.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان معنى إخفاء الشهود وسبب الإخفاء.

المطلب الثاني: صور إخفاء الشهود وأساليبه.

المطلب الثالث: حكم إخفاء الشهود خوفًا على الشاهد.

الخاتمة: وتتضمن أبرز النتائج وأهم التوصيات.

التمهيد

في بيان تعريف الشهادة، ومشروعيتها، وحكمها من حيث التحمل والأداء والشهادة في الحقوق

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشهادة.

المطلب الثاني: مشروعية الشهادة.

المطلب الثالث: حكم تحمل الشهادة وأدائها.

المطلب الرابع: الحالات التي يجوز فيها كتمان الشهادة.

المطلب الخامس: الشهادة في الحقوق وتقدم الدعوى.

المطلب الأول: تعريف الشهادة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الشهادة لغة[(١)]:

مصدر شهد يشهد شهادة. والمشهد: محضر الناس. وللشهادة في اللغة عدة معانٍ منها:

---

(١) ينظر: «مقاييس اللغة» مادة (شهد) (٣/ ٢٢١)، «الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية» مادة (شهد) (٢/ ٤٩٤)، «لسان العرب» مادة (شهد) (٣/ ٢٣٨)، «المصباح المنير في غريب الشرح الكبير» مادة (شهـد) (١/ ٣٢٤).

العلم والبيان: كقول المؤذن: أشهد أن لا إله إلا الله، أي: أعلم أن لا إله إلا الله، وأبين أن لا إله إلا الله. وقوله: أشهد أن محمدًا رسول الله، أي: أعلم وأبين أن محمدًا رسول الله.

ومنها الحضور: يقال: شهده شهودًا، أي: حضره فهو شاهد، وقوم شهود أي حضور، وهو في الأصل مصدر، قال الله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة:١٨٥] أي: من حضر منكم شهر رمضان وهو مقيم غير مسافر فليصم ما حضر وأقام فيه، وقال تعالى: ﴿وَهُمْ عَلَىٰ مَا يَفْعَلُونَ بِٱلْمُؤْمِنِينَ شُهُودٌ﴾ [البروج:٧]: أي حضور.

ومنها الحلف: تقول: أشهد بكذا أي أحلف، وقولهم: شهد بكذا أي حلف. قال تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَـٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَـٰذِبِينَ﴾ [النور:٨]، وقوله تعالى: ﴿إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُنَـٰفِقُونَ قَالُوا۟ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُۥ وَٱللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ ٱلْمُنَـٰفِقِينَ لَكَـٰذِبُونَ﴾ [المنافقون:١].

ومنها الإخبار: تقول: شهد بكذا، إذا أخبر به، وأدى ما علمه بالمعاينة أو السماع، ولذا تعدى بالباء؛ لأنه مضمن معنى أخبر، فصار من معاني الشهادة الإخبار بما قد شوهد.

الفرع الثاني: تعريف الشهادة في اصطلاح الفقهاء:

اختلف الفقهاء في تعريف الشهادة، وفيما يلي بيان أشهر تعريفاتهم:

أولًا: تعريف الحنفية:

عرَّف الحنفية الشهادة بعدة تعريفات أشهرها:

أنها: «إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء، ولو بلا

دعوى»[١].

ومع أن هذا التعريف أشهر التعريفات في الكتب الفقهية وعند الفقهاء إلا أنه لا يخلو من نظر؛ لاشتماله على شروط الشهادة كقوله: «في مجلس القضاء»، وكون الإخبار في مجلس ليس من تمام الحد، وإنما هو من الشروط، والتعريف يُذكر لبيان الماهية التي تميز المعرف من غيره، فلا يدخل فيه الشرط؛ لأن الشرط هو الذي يتوقف عليه الشيء ولم يدخل في ماهيته[٢]، ويمكن أن يجاب عن هذا النظر بأن قيد مجلس القضاء في التعريف لزيادة الإيضاح فقط، وليس من أجزاء المعرف، وكثيرًا ما يتساهل العلماء في ذكر الشروط في التعريفات للغرض نفسه.

ثانيًا: تعريف المالكية:

عرَّف المالكية الشهادة بتعريفات أذكر أهمها:

أنها: «إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه»[٣].

ثالثًا: تعريف الشافعية:

عرَّف الشافعية الشهادة بتعريفات أشهرها:

أنها: «إخبار بحق للغير على الغير بلفظ: أشهد»[٤].

---

(١) ينظر: «فتح القدير» (٧/ ٣٦٤).
(٢) والشرط عند الأصوليين كما عرَّفه الغزالي في «المستصفى» (٢/ ١٨٨): "عبارة عما لا يوجد المشروط مع عدمه، لكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده".
(٣) ينظر: «الشرح الكبير» للشيخ الدردير (٤/ ١٦٤).
(٤) ينظر: «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٤/ ٣١٩).

رابعًا: تعريف الحنابلة:

عرَّف الحنابلة الشهادة بتعريفات منها:

بأنها: «الإخبار عما شوهد، أو علم»[1].

وبعد سرد التعاريف السابقة تبين ما يلي:

أولًا: إن أقوى هذه التعريفات هو تعريف الحنفية للآتي:

أ- إن تعريف الحنفية فرَّق بين الشهادة والإقرار والدعوى والرواية، أما غير تعريف الحنفية فلم يفرق بين الشهادة والإقرار والدعوى والرواية، وذلك نقص وضعف في تعريفاتهم.

ب- إن تعريف الحنفية قيَّد الشهادة بأن تكون في مجلس القضاء، ولم تفعل ذلك بقية التعريفات.

ويمكن استخلاص تعريف سليم للشهادة وذلك بأن يقال: «الشهادة: إخبار بحق لغيره على غيره بحيث يوجب على الحاكم الحكم بمقتضاه ولو بلا دعوى»[2].

المطلب الثاني: مشروعية الشهادة[3]

الشهادة حجة مظهرة للحق يجب على القاضي الحكم بموجبها متى كانت مستوفية لشروطها، وقد اتفق جمهور الفقهاء على مشروعية الإثبات بها،

(١) ينظر: «شرح الزركشي على مختصر الخرقي» (٧/ ٢٩٩)، «المبدع في شرح المقنع» (٨/ ٢٨١).

(٢) ينظر: «تعريف الشيخ عبد الله بن محمد الزبن»، مجلة البحوث الإسلامية (٢٠/ ٢٣٢).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٨٢)، «الذخيرة» (١٠/ ١٥٢)، «المجموع» (٢٠/ ٢٢٣)، «المغني» (١٠/ ١٥٤).



مستدِّلين على ذلك من الكتاب والسّنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب، فقول الله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة:٢٨٢]، وقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق:٢]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة:٢٨٣]، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق:٢]. وقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة:٢٨٢].

وأما السنة: فحديث ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أن النبي ﷺ قال: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»(١).

وحديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه ذكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد بشهادة ، فقال لي: «يَا ابْنَ عَبَّاسٍ، لاَ تَشْهَدُ إِلاَّ عَلَى مَا يُضِيءُ لَكَ كَضِيَاءِ هَذَا الشَّمْسِ». وأومأ رسول الله ﷺ بيده إلى الشمس(٢).

وقد أجمع العلماء على مشروعيتها(٣)؛ لإثبات الحقوق.

وأما المعقول فلأن الحاجة داعية إليها لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع إليها(٤).

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، (٣/ ١٤٣) رقم (٢٥١٥)، ومسلم، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، (١/ ١٢٣) رقم (١٣٨/ ٢٢١).

(٢) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٤/ ٩٨). وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٣) ينظر: «المغني» (١٠/ ١٥٤).

(٤) ينظر: «المغني» (١٠/ ١٥٤).

المطلب الثالث: حكم تحمل الشهادة وأدائها

المقصود بتحمل الشهادة: أن يدعى ليشهد ويستحفظ الشهادة[١].

وأما الأداء: فهو أن يدعى ليشهد بما علمه واستحفظ إياه[٢].

اتفق العلماء على أن تحمل الشهادة وأداءها فرض كفاية[٣] إن قام بها من فيه كفاية سقط الفرض عن الباقين؛ لأن المقصود بها حفظ الحقوق، وذلك يحصل ببعضهم، وإن كان في موضع لا يوجد فيه غيره ممن يقع به الكفاية تعيَّن عليه؛ لأنه لا يحصل المقصود إلا به فتعين عليه[٤]، فإن كان عليه ضرر في التحمل أو الأداء، أو كان ممن لا تقبل شهادته، أو يحتاج إلى التبذل في التزكية ونحوها، لم يلزمه؛ لقول الله تعالى: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة:٢٨٢][٥].

وقد استدلوا بأدلة منها:

أولًا: الكتاب:

قال تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة:٢٨٢].

وجه الدلالة: الآية دليل على أن الطلب من المدعي شرط الفريضة، والنهي عن الإباء عند الدعوى أمر بالحضور للأداء[٦]؛ لأن الشهادة أمانة المشهود له في

---

(١) «تبصرة الحكام» (١/ ٢٤٥)، «معين الحكام» (ص: ٦٩).
(٢) المرجع السابق.
(٣) ينظر: «فتح القدير» (٧/ ٣٦٥)، «التلقين في الفقه المالكي» (٢/ ٢١١)، «المجموع» (٢٠/ ٢٢٣)، «المغني» (١٠/ ١٥٤).
(٤) «المجموع شرح المهذب» (٢٠/ ٢٢٣).
(٥) «المغني» (١٠/ ١٥٥).
(٦) «البناية شرح الهداية» (٩/ ١٠٠).

ذمة الشاهد(١).

وقال تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة:٢٨٣].

وجه الدلالة: الآية فيها نهي للشهود أن يكتموا ما تحملوه من الشهادة، وأن عليهم أداءها(٢).

ثانيًا: السنة:

استدل العلماء لما ذهبوا إليه من أن تحمل الشهادة وأداءها فرض كفاية من السنة بأدلة منها:

قوله ﷺ: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ؟ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا» أَوْ «يُخْبِرُ بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا»(٣).

وجه الدلالة: دل الحديث على أن معنى الإتيان بها هنا أداؤها عند الحاكم(٤)، وهو محمول على من عنده شهادة لإنسان بحق، ولا يعلم ذلك الإنسان أنه شاهد، فيأتي إليه فيخبره بأنه شاهد له(٥).

---

(١) «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٨٢).
(٢) «فتح القدير» للشوكاني (١/ ٣٤٨).
(٣) أخرجه مسلم، كتاب الأقضية، باب بيان خير الشهود، (٣/ ١٣٤٤) رقم (١٧١٩)، وأحمد (٥/ ١٩٣)، واللفظ له.
(٤) «المنتقى شرح الموطأ» (٥/ ١٨٨).
(٥) «شرح النووي على مسلم» (١٢/ ١٧).

المطلب الرابع: الحالات التي يجوز فيها كتمان الشهادة[1]

أ- تعريف الكتمان:

الكتمان في اللغة: من الفعل الثلاثي كتم، الكِتْمانُ: نَقِيض الإِعْلانِ، كَتَمَ الشيءَ يَكْتُمُه كَتْمًا وكِتْمانًا واكْتَتَمَه وكَتَّمَه[2]، قال تعالى: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن كَتَمَ شَهَٰدَةً عِندَهُۥ مِنَ ٱللَّهِ﴾ [البقرة:١٤٠].

وهو يدل على معانٍ منها: الإخفاء، ومنها: الستر والإمساك عن البيان، وإذا أسند إلى الشهادة دل على إخفائها وسترها وعدم القيام بها.

وذكر بعضهم أن كتمان الشهادة أن يضمرها بالقلب ولا يتكلم به[3].

ومعنى كتمان الشهادة إذن: الإمساك عن إخبار حاكم عن علم بحيث يحول ذلك بين الحاكم والقضاء بمقتضاه.

ب- الحالات التي يجوز فيها كتمان الشهادة:

١- كتمان الشهادة في الحدود:

يجوز للشاهد ألا يشهد في الحدود ترغيبًا في الستر، وقد قال بذلك جمهور من الفقهاء[4].

---

(١) ينظر: «المسوغات الشرعية لكتمان الشهادة»، الدكتور نمر محمد نمر، كلية الشريعة بالأردن، وقد نشر على الشبكة.

(٢) ينظر: «لسان العرب» (١٢/ ٥٠٦).

(٣) ينظر: «تفسير النسفي» (١/ ٢٣١).

(٤) ينظر: «المبسوط» (٩/ ١٤٦)، «الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي» (٤/ ١٧٥)، «روضة الطالبين وعمدة المفتين» (١١/ ٢٤٤)، «الشرح الكبير على متن المقنع» (١٢/ ٥-٦).

وقيَّده المالكية[1] في غير المتجاهر بفسقه، وأما المتجاهر فيندب الرفع.

قال ابن حزم: «القيام بالشهادات كلها والإعلان بها فرض إلا ما كان منها ستر المسلم في حد من الحدود، فالأفضل الستر، وإن خصصنا عموم الخبر بالآيات كان القول في ذلك أن الستر على المسلم حسن»[2].

٢- كتمان الشهادة إذا وجد من يقوم بها سواه:

إن المقصد الرئيس من الشهادة هو إيصال الحق إلى صاحبه، فإذا تعينت الشهادة وسيلة لإيصال هذا الحق كانت واجبة، وهذا التحصيل يتحقق بنصاب الشهادة، فإذا توفر شهود يتحصل بهم الحق جاز لمن سواهم من الشهود أن يتخلف عنها، وإلى هذا ذهب الأئمة الأربعة[3].

قال ابن قدامة: "وإن كانت عنده شهادة فدعي إلى أدائها لزمه ذلك، فإن قام بالفرض في التحمل أو الأداء اثنان، سقط عن الجميع، وإن امتنع الكل أثموا"[4].

٣- كتمان الشهادة إذا لحق الشاهد ضرر:

لا تطلب الشهادة من الشاهد إذا لحقه ضرر غير معهود، يقول ابن قدامة: "وإنما يتأثم الممتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع، فإن كان عليه ضرر في التحمل والأداء أو كان ممن لا تقبل شهادته...لم يلزمه؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَآرَّ

---

(١) «الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي» (٤/ ١٧٥).

(٢) «المحلى» (١١/ ١٤٥).

(٣) «فتح القدير» لابن الهمام (٧/ ٣٦٦)، «القوانين الفقهية» (ص٢٠٥)، «المهذب» (٢/ ٣٢٣)، «المغني» (١٠/ ١٢٩).

(٤) «المغني» (١٠/ ١٢٩).

﴿كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة:٢٨٢][١].

ومن الأدلة أيضًا: قوله ﷺ: «لا ضررَ ولا ضِرَار»[٢]، فالضرر مرفوع في الشريعة.

٤- كتمان الشهادة إذا أدت إلى الظلم:

إن الظلم حرام، ولا يجوز للشاهد أن يتسبب في ظلم غيره، وقد ذكر ابن حزم صورًا لهذه الحالة منها: إذا علم الشاهد أن القاذف صادق في قذفه، أو علم الشاهد أن القاتل استرد ماله وقتل من قتل أباه، فإن الشهادة هنا تكون بإيقاع الحد على من صدق في قذفه، وإيقاع القصاص على من استقاد واسترجع ماله بطريق مشروع. ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [النساء:١٣٥]، فحرَّم الله تعالى القيام بغير القسط، وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة:٢]، وليس في الإثم والعدوان أكثر من أن يدري أن قاذفه لم يكذب ثم يطالبه بما يطالب به أهل الكذب[٣].

٥- كتمان الشهادة إذا كان الحاكم لا يقبل شهادته:

إذا كان الحاكم يرد شهادة الشاهد لجرح فيه، أو عداوة بينه وبين المشهود عليه، فلا يلزمه أن يشهد؛ لأن الشهادة في هذه الحالة لا تحقق المقاصد الشرعية من إقرار

---

(١) «المغني» (١٠/ ١٢٩).

(٢) أخرجه ابن ماجه: كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم (٢٣٤١).
وحسَّنه النووي في «الأذكار» (ص: ٦٤١)، وصححه الشافعي، وحسنه ابن الصلاح كما في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ٤٣٨).

(٣) «المحلى» (١١/ ٢٩٩).



للحق، ورفع للخصومة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة:٢٨٢]، ووجه الدلالة أننا نكلف الشاهد جهدًا، ومشقة من غير فائدة، وذلك إضرار به لا تقابله مصلحة أو منفعة مقصودة للشارع.

وقول الرسول ﷺ: «لا ضررَ ولا ضِرَار»(١)، وأن ترد شهادته، ولا يؤخذ بها إضرار به(٢).

٦- كتمان الشهادة إذا كانت لا تنفع:

يجوز للشاهد أن يمتنع عن الشهادة إذا لم يترتب على شهادته مقصودها الشرعي من إحقاق الحق، وإيصاله إلى صاحبه، قال ابن قدامة: "إنما يأثم الممتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع"(٣).

المطلب الخامس: الشهادة في الحقوق وتقدم الدعوى

تنقسم الحقوق إلى ثلاثة أقسام:

١) حق لآدمي معين يملك إسقاطه: كالحقوق المالية، والنكاح، وغيره من العقود والعقوبات، كالقصاص، وحد القذف، والوقف على آدمي معين، وهذا النوع من الحقوق لا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى؛ لأن الشهادة فيه حق لآدمي.

٢) ما كان حقًّا لآدمي غير معين؛ كالوقف على الفقراء، والمساكين أو جميع المسلمين، أو على مسجد، أو سقاية أو مقبرة مسبلة، أو الوصية لشيء من

---

(١) سبق تخريجه في ص (١٨٢).
(٢) «المسوغات الشرعية لكتمان الشهادة»، لنمر محمد النمر.
(٣) «المغني» (١٠/ ١٢٩).

ذلك، ونحو هذا، فلا تفتقر الشهادة به إلى تقدم الدعوى، وإنما تكون حسبة لله؛ لأن ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه، ويطالب به.

٣) ما كان حقًّا لله تعالى، وهي ما ليس للمكلف إسقاطه، فلا تفتقر الشهادة به إلى تقدم الدعوى، وإنما تكون حسبة لله؛ لأن ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه، ويطالب به، وتنقسم إلى قسمين:

أ- ما لا يستدام فيه التحريم كالزنا، وشرب الخمر، فمن كانت عنده شهادة في حد الله تعالى فالمحتسب مخير بين أمرين:

الأمر الأول: الستر على الجاني أو الجناة، وهو شيء فضيل، ومحبوب عند الله وعند المؤمنين من عباده.

قال العلماء: «هذا الستر مندوب فلو رفعه إلى السلطان ونحوه لم يأثم بإجماع، ولكن هذا خلاف الأولى، وقد يكون في بعض صوره ما هو مكروه»(١).

قال في "مواهب الجليل": «وأما في أصحاب الحديث وحملة العلم المقلدين فيجب على من عرف أحوالهم السيئة ممن يقلد في ذلك ويلتفت إلى قوله أن يكشف أحوالهم؛ لئلا يغتر بهم الناس ويقلد في دين الله من لا يجب تقليده، وعلى هذا اجتمع رأي الأئمة قديمًا وحديثًا»(٢).

وأما جرح الرواة والشهود والأمناء على الصدقات والأوقاف والأيتام ونحوهم فيجب جرحهم عند الحاجة، ولا يحل الستر عليهم إذا رأى منهم ما

---

(١) «شرح النووي على مسلم» (١٦/ ١٣٥).
(٢) «مواهب الجليل» (٦/ ١٦٤).



يقدح في أهليتهم، وليس هذا من الغيبة المحرمة، بل من النصيحة الواجبة، وهذا مجمع عليه.

الأمر الثاني: أداء الشهادة حسبة لإقامة حد الله تعالى؛ لأن ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه، ولما في ذلك من إزالة للفساد وتقليل له، وهذا حسن، لما فيه من صيانة للمجتمع عن الرذائل التي قد تهبط به إلى درجة الانحطاط.

ب- ما يستدام فيه التحريم من حقوق الله تعالى من عتق، وطلاق، وخلع، وإيلاء، وظهار، ومصاهرة، ووقف ورضاع، وهذه يتعين على الشاهد المبادرة لأداء الشهادة عليها دون طلب من أحد؛ وذلك لحماية حقوق الله تعالى ولمنع انتهاك حرماته[١].

(١) «مواهب الجليل» (٦/ ١٦٢)، «شرح مختصر خليل» (٧/ ١٨٧)، «المنتقى شرح الموطأ» (٥/ ١٨٨)، «المغني» (١٠/ ٢٠٢).

المبحث الأول
حكم الشهادة على الشهادة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الشهادة على الشهادة.

المطلب الثاني: حكم الشهادة على الشهادة.

المطلب الأول: تعريف الشهادة على الشهادة.

عُرِّفت الشهادة على الشهادة بأنها: «إخبار الشاهد عن سماعه شهادة غيره، أو سماعه إياه لقاضٍ»(١).

المطلب الثاني: حكم الشهادة على الشهادة.

لما كانت الشهادة من أهم وسائل الإثبات التي يعتمد عليها القضاء؛ إذ أنها حجة شرعية تثبت بها جميع الحقوق إلا ما ندر، فإن الشهادة على الشهادة تعتبر فرعًا عن شهادة الأصول، وهي جائزة عند أهل العلم دلَّ على ذلك الإجماع، والمعقول.

أما الإجماع، فقد أجمعت الأمة على جوازها(٢)، وأنها تقبل كشهادة الأصل، وذلك في كل حق لا يسقط بالشبهة.

---

(١) «شرح مختصر خليل» للخرشي (٧/ ٢١٧).

(٢) «الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ١٥٠)، «المغني» (١٠/ ١٩٦).



وأما المعقول، فإن الحاجة داعية إليها، والشاهد قد يعجز عن الأداء لمرض أو موت أو سفر أو لخوف أو لبعض العوارض، فلولا ذلك لبطلت الحقوق، وفي ذلك ضرر على الناس، ومشقة شديدة(١).

---

(١) «الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ١٥٠)، «العناية شرح الهداية» (٧/ ٤٦٢)، «المغني» (١٠/ ١٩٦).

المبحث الثاني
موضع قبول الشهادة على الشهادة

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على قبول الشهادة على الشهادة في الأموال، وما يقصد به المال، ونُقِلَ الإجماع على ذلك[(١)].

واختلفوا في ثبوتها فيما عدا ذلك على قولين:

القول الأول: تجوز في كل شيء في الحدود وفي غيرها، وهو قول مالك[(٢)] والشافعي[(٣)].

القول الثاني: تجوز في كل شيء إلا في الحدود والقصاص، وهو قول الحنفية[(٤)] والحنابلة[(٥)].

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بجواز الشهادة على الشهادة في كل شيء في الحدود وغيرها وذلك بالقياس على الأموال؛ لأنها لما ثبتت بشهادة الأصل، وصحت

(١) «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٨١)، «المغني» (١٠/ ١٩٦).
(٢) «المدونة» (٤/ ٢٣)، «المحلى» (٨/ ٥٤٢)، «المغني» (١٠/ ١٩٧).
(٣) «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص: ٢٧٢)، «المحلى» (٨/ ٥٤٢)، «المغني» (١٠/ ١٩٧).
(٤) «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٨١)، و(٧/ ٤٦)، «الحاوي الكبير» (١٧/ ٢٢١)، «المحلى» (٨/ ٥٤٢)، «المغني» (١٠/ ١٩٧).
(٥) «المغني» (١٠/ ١٩٧)، «الإنصاف» (١٢/ ٨٩-٩٠).

الشهادة على الشهادة في الأموال التي هي أخف، كان جوازها في المغلظ أحق[1].

ونوقش بأن القياس على الأموال لا يصح، وأن الفرق بين المسألتين ظاهر لما بينهما من الفرق في الحاجة والتساهل فيها، فإن الشهادة على الشهادة إنما تقبل للحاجة، ولا حاجة إليها في الحد؛ لأن ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه[2].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأن الشهادة على الشهادة فيها شبهة؛ فإنها يتطرق إليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع، مع احتمال ذلك في شهود الأصل، وهذا احتمال زائد، لا يوجد في شهادة الأصل، وهو معتبر، بدليل أنها لا تقبل مع القدرة على شهود الأصل، والحدود مبنية على الستر، والدرء بالشبهات، والإسقاط بالرجوع عن الإقرار[3].

الراجح: الذي يترجح لدي هو القول الثاني لقوة تعليله، وأن قياس الشهادة على الشهادة على الأموال لا يصح للفرق الظاهر بينهما من جهة الحاجة، ومن جهة أن الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات.

---

(١) «الحاوي الكبير» (١٧/ ٢٢١)، «المغني» (١٠/ ١٩٧).
(٢) «المغني» (١٠/ ١٩٧).
(٣) «المغني» (١٠/ ١٩٧).

المبحث الثالث
شروط الشهادة على الشهادة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيان شروط الشهادة على الشهادة.

المطلب الثاني: صفة أداء الشهادة.

المطلب الأول: بيان شروط الشهادة على الشهادة

ذكر الفقهاء لقبول الشهادة على الشهادة شروطًا هي كما يلي:

١- وجود عذر في وقت أداء الشهادة مانع لحضور الأصل مجلس القاضي لموت، أو مرض، أو حبس، أو غيبة، أو خوف أو غيره؛ لأن الأصل أقوى من الفرع، والشهادة فرض عليه، ولا يسقط الفرض إلا بالعجز(١).

٢-أن تتحقق شروط الشهادة، من العدالة وغيرها، في كل واحد من شهود الأصل والفرع؛ لأن الحكم ينبني على الشهادتين جميعًا، فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما(٢).

---

(١) «الدر المختار وحاشية ابن عابدين» (٥/ ٤٩٩)، «الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ١٥٢)، «درر الحكام في شرح مجلة الأحكام» (٤/ ٣٤١)، «منح الجليل» (٨/ ٤٩٧)، «الحاوي الكبير» (١٧/ ٢٢٥)، «المجموع» (٢٠/ ٢٦٨)، «المغني» (١٠/ ١٩٧).

(٢) «الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ١٥٢)، «منح الجليل» (٨/ ٤٩٨)، «المجموع» (٢٠/ ٢٦٩)، «المغني» (١٠/ ١٩٧-١٩٨).



٣- أن يعين شهود الفرع شهود الأصل بأسمائهم وأنسابهم، ولو قالوا: نشهد على شهادة عدلين لم تقبل لأنهما ربما كانا عدلين عندهما غير عدلين عند الحاكم، ولأنه يتعذر على الخصم جرحهما إذا لم يعرف عينهما[١].

٤- أن يسترعيه شاهد الأصل الشهادة، فيقول: اشهد على شهادتي أني أشهد أن لفلان على فلان كذا[٢].

٥- اعتبار دوام شروط الشهادة على الشهادة إلى حين الحكم[٣].

٦- اعتبار الذكورية في الشهادة على الشهادة: وأصل هذه المسألة هو في قبول شهادة النساء على الشهادة، سواء كان شهود الأصل رجالًا أو كان فيهم نساء أو كن كلهن نساء.

- فذهب أبو حنيفة[٤] ومالك[٥] والشافعي[٦] إلى المنع من هذا، وبه قال أحمد في رواية[٧].

- وقال في رواية أخرى - وهي المذهب -: «يقبلن في الفرع فيما يقبل فيه

(١) «الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ١٥٢)، «الذخيرة» (١٠/ ٢٩٣)، «المجموع» (٢٠/ ٢٦٩)، «المغني» (١٠/ ١٩٩).

(٢) «الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ١٥١)، «الذخيرة» (١٠/ ٢٩٣)، «المجموع» (٢٠/ ٢٧٠)، «المغني» (١٠/ ١٩٩).

(٣) «مجمع الأنهر» (٢/ ٢١٣)، «الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي» (٤/ ٢٠٥)، «المجموع» (٢٠/ ٢٧٠).

(٤) «البحر الرائق» (٧/ ١٢٠)، «مجمع الأنهر» (٢/ ٢١٢).

(٥) «الذخيرة» للقرافي (١٠/ ٢٨٨)، «المغني» (١٠/ ٢٠٠).

(٦) «الأم» للشافعي (٧/ ٥١)، «المغني» (١٠/ ٢٠٠).

(٧) «المغني» (١٠/ ٢٠٠)، و«شرح الزركشي على مختصر الخرقي» (٧/ ٣٦٥)، «الإنصاف» (١٢/ ٩٥).

شهادة النساء منفردات أو مع الرجال»[١].

٧- عدد الشهود في الشهادة على شهود الأصل منفردين، وهو محل خلاف بين أهل العلم:

- فذهب كل من الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤] إلى عدم جواز شهادة الفروع الذين ينقلون عن الأصول، إلا إذا نقل الشهادة اثنان عن كل واحد من الأصول، وبهذا لا تصح الشهادة على الشهادة، إلا إذا شهد أربعة من الفروع، إذا كان شهود الأصل اثنين.
- وذهب الحنابلة - وهو المذهب[٥] - إلى أنه يجوز أن يشهد كل واحد من شاهدي الأصل شاهد فرع، فيشهد شاهدا فرع على شاهدي أصل.

---

(١) «المغني» (١٠/ ٢٠٠)، «شرح الزركشي على مختصر الخرقي» (٧/ ٣٦٥)، «شرح منتهى الإرادات» (٣/ ٦٠٥)، «الإنصاف» (١٢/ ٩٥).

(٢) «الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ١٥١).

(٣) «الذخيرة» للقرافي (١٠/ ٢٨٨).

(٤) «المهذب» (٣/ ٤٥٩)

(٥) «الإنصاف» (١٢/ ٩٣).



المطلب الثاني: صفة أداء الشهادة.

وصفة الإشهاد في الشهادة على الشهادة: أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان ابن فلان أقر عندي بكذا، وأشهدني على نفسه؛ لأنه لابد أن يشهد شاهد الأصل عند الفرع كما يشهد القاضي لينقله إلى مجلس القضاء.

ويقول شاهد الفرع عند الأداء لما تحمله: أشهد أن فلانًا أشهدني على شهادته أنه يشهد أن فلانًا أقر عنده بكذا، وقال لي: اشهد على شهادتي بذلك؛ لأنه لا بد من شهادة الفرع، وذكر شهادة الأصل، وذكر تحميله الشهادة، وإن سمعه يشهد عند الحاكم أو يعزي الحق إلى سبب ذكره(١).

---

(١) «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٨١)، «منح الجليل» (٨/ ٤٩٦)، «المهذب» (٣/ ٤٦١)، «المغني» (١٠/ ٢٠٠).

المبحث الرابع
إخفاء الشهود

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان معنى إخفاء الشهود وسبب الإخفاء.

المطلب الثاني: صور إخفاء الشهود وأساليبه.

المطلب الثالث: حكم إخفاء الشهود خوفًا على الشاهد.

المطلب الأول: بيان معنى إخفاء الشهود وسبب الإخفاء

على قدر خطر وأهمية موضوع حماية الشهود والمبلغين والخبراء وبخاصة في قضايا الفساد والرشوة واستغلال النفوذ وأن هذه الجرائم تتمثل في الغالب من وقائع مادية؛ فإن شهادة الشهود هي أكثر طرق الإثبات استخدامًا في الدوائر القضائية، وقد تكون أهم الأدلة التي تعتمد عليها المحكمة في إدانة المتهم أو تبرئته، ولأجل ذلك يبذل الجاني جهودًا كبيرة في إخفاء الحقائق، حيث قد يقوم بتهديد الشهود أو ترغيبهم أو إيذائهم للضغط عليهم لغرض ثنيهم عن أداء الشهادة أو تقديمها بشكل منافٍ للحقيقة، وقد يصل الأمر إلى أبعد من ذلك حيث يقوم الجاني بقتل الشاهد للقضاء على دليل الإدانة.

وحيث إن إقامة العدل هدف سامٍ يؤكد عليه الدين الإسلامي، والشاهد يخدم العدالة بمساعدته القضاء على أداء واجبه؛ لذا فإن إخفاء الشاهد هو فرع عن توفير الضمانات التي تكفل حماية شاملة لحياته الشخصية، خصوصًا إذا كانت



شهادته متعلقة بإثبات الجرائم الجسيمة؛ كالإرهاب والاتجار بالمخدرات وغسيل الأموال والفساد والقتل ونحو ذلك، وأن تمتد الحماية والإخفاء للمبلِّغ الذي يساهم في كشف الجريمة لتشجيعه على التبليغ، والخبير الذي تستعين به المحكمة لإيضاح أمور غامضة في ملابسات الجريمة، كما يجب أن تشمل الحماية أقارب هؤلاء وأسرهم وذرياتهم(١).

وبناء على ذلك فإنه يمكن القول بأن المراد بإخفاء الشهود: هو توفير الضمانات اللازمة والتدابير المناسبة لتعمية محل إقامتهم وبياناتهم الشخصية، وعدم إفشاء أي معلومات يمكن بواسطتها التعرف عليهم، أو التوصل من خلالها إلى الاطلاع على ما أدلوا به من معلومات وحقائق تكشف خيوط الجريمة، وتدل على مرتكبيها والمخططين لها، لا سيما في القضايا الحساسة المتعلقة بالفساد والجريمة المنظمة.

---

(١) ينظر: د. أحمد الغديان، الاثنين (١٥) رمضان (١٤٣٧هـ)، (٢٠) يونيو (٢٠١٦م)، جريدة الجزيرة، عدد (١٥٩٧١).

المطلب الثاني: صور إخفاء الشهود وأساليبه.

لم تزل كثير من الدول تُوْلِي موضوع إخفاء الشهود والمبلِّغين والخبراء وحمايتهم العناية الكبرى، وتسعى في توفير الضمانة اللازمة التي من شأنها أن تحفظ عليهم حياتهم وسلامتهم الجسدية ومصالحهم الأساسية وحياة أفراد أسرهم وأقاربهم، وتكف عنهم الخطر، وتكفل لهم السلامة من أن يمسهم سوء أو أذى جراء إدلائهم بشهاداتهم وما لديهم من حقائق ومعلومات تقود إلى أرباب الجريمة، وتؤدي إلى وقوعهم في قبضة العدالة.

ومن صور المحافظة التي سعت إليها بعض تلك الدول: هو وضع نظام خاص برعاية رسمية يكفل الحماية اللازمة للشهود، والمبلغين، والخبراء المعرضين للخطر في الدعاوى التي تؤدي شهادة أو تقرير كل منهم فيها إلى الكشف عن جريمة، أو أدلتها، أو أي من مرتكبيها.

كما أنها تعتبر بيانات المشمول بالحماية بيانات سرية لا يجوز الإفصاح عنها إلا في الأحوال المبينة بالنظام، ومن صور إخفاء الشاهد التي ينادى بها وتطرح بين حين وآخر في وسائل الإعلام وعلى لسان بعض المحامين والمشتغلين بالأمور القضائية القيام بالقدر اللازم والممكن عمليًّا بتغيير أماكن إقامتهم، والسماح عند الاقتضاء بعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهويتهم وأماكن تواجدهم، أو بفرض قيود على إفشائها؛ لئلا يتم التعرف على الاسم والعنوان، وأن تقدم الشهادة أمام المحكمة من وراء ساتر لضمان عدم التعرف عليهم، أو الإدلاء بالشهادة باستخدام تكنولوجيا الاتصالات، مثل وصلات الفيديو وتغيير صوته باستخدام البرمجيات الخاصة أو غيرها من الوسائل الملائمة، أو تمنع المحكمة الجمهور من حضور المحاكمة كلها أو جزء منها، أو تمنع وسائل الإعلام من حضور المحاكمة،

أو تمنعهم من التصوير، لكن كثيرًا من الحالات قد يشكل حضورهم إلى المحكمة خطرًا يهدد حياتهم وحياة أسرهم وأقاربهم أو مصالحهم الشخصية من خلال تتبعهم من قبل أولئك المجرمين المتضررين من إثبات شهادتهم أمام القضاء، فحينئذٍ يمكن أن تثبت شهادتهم من خلال صور منها:

أولًا: انتداب القاضي إلى محل إقامة الشاهد وإثبات شهادته.

ثانيًا: استرعاء الشاهد الأصلي الشاهد الفرعي لنقل شهادته إلى مجلس القضاء.

ولا تزال المقترحات تطرح بين وقت وآخر، ومن ذلك إنشاء إدارة متخصصة بحماية الشهود تابعة لوزارة الداخلية، بحيث يتاح لها الإمكانات المادية والبشرية الكافية لتوفير الحماية للمبلغين والشهود والخبراء وأقاربهم إذا كان هناك احتمال خطر حقيقي يهدد أمنهم؛ مما يشجع الشهود على ثقافة التبليغ والإدلاء بشهاداتهم مع ضمان إخفاء هويتهم، خاصة في القضايا الحساسة المتعلقة بالفساد والجريمة المنظمة، فإخفاء هويته بأن يعطى هوية جديدة بمعلومات شخصية مختلفة تمامًا، مع ربط هذه الهوية عبر شفرة معينة بأصل الهوية الوطنية، وذلك من خلال مركز المعلومات ونظام (أبشر) بحيث يسهل الرجوع إليها عند الحاجة.

المطلب الثالث: حكم إخفاء الشهود خوفًا على الشاهد.

سوف أتناول الحديث في هذا المطلب عن إثبات شهادة الشهود والمخبرين وكذا المبلغين بعد إخفائهم وعدم حضورهم للمحاكم الشرعية، وذلك في الصورتين التاليتين:

أولًا: انتداب القاضي إلى محل إقامة الشاهد وإثبات شهادته.

ثانيًا: استرعاء الشاهد الأصلي الشاهد الفرعي لنقل شهادته إلى مجلس القضاء.

أولًا: انتداب القاضي إلى محل إقامة الشاهد وإثبات شهادته:

نصَّ نظام المرافعات الشرعية كما في المادة (١٢٢)[١] بإعطاء القاضي ناظر الدعوى الحرية بأن ينتقل إلى مكان إقامة الشاهد الذي تعذر عليه الحضور لأداء شهادته، أو بأن ينتدب أحد قضاة المحكمة لذلك، وهذا الأمر يأتي من باب التخفيف على الشهود لأداء شهادتهم؛ حتى لا يكون التكليف بأداء الشهادات أمرًا شاقًّا عليهم، أو يعرض حياتهم للخطر، فإذا كان الشاهد المعذور مقيمًا في منطقة بعيدة تخرج عن اختصاص القاضي ناظر الدعوى، وتدخل في اختصاص محكمة أخرى، فإن للقاضي ناظر الدعوى أن يستخلف المحكمة التي يقيم ضمن اختصاصها الشاهد المعذور، بحيث ينتدب قاضي المحكمة المستخلفة بالانتقال لسماع شهادة الشاهد وإثباتها وضبطها، بعد أن يكون قد تم تعميده بخطاب من القاضي ناظر الدعوى يبين فيه أنه تم انتدابه واستخلافه، مع بيان الغاية من

(١) نص المادة: «إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور لأداء شهادته فينتقل القاضي لسماعها، أو تكلف المحكمة أحد قضاتها لذلك، وإذا كان الشاهد يقيم خارج نطاق اختصاص المحكمة فتستخلف المحكمة في سماع شهادته محكمة مكان إقامته».
ينظر: «نظام المرافعات الشرعية» الصادر بالمرسوم الملكي (م/ ١) بتاريخ (٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ).

الاستخلاف وأسماء المدعيين وموضوع الدعوى، مع ذكر اسم الشاهد كاملًا وعنوانه، وبعد أن يقوم القاضي المستخلف بضبط شهادة الشاهد حسب الأصول المتبعة، فإنه يقوم بإرسال صورة مصدقة من ضبط الشهادة إلى القاضي ناظر الدعوى، وذلك وفقا لما نُصَّ عليه في إجراءات الاستخلاف(١).

ثانيًا: استرعاء الشاهد الأصلي الشاهد الفرعي لنقل شهادته إلى مجلس القضاء.

نصَّ الفقهاء على أن خوف الشاهد سبب من الأسباب التي تبيح له الامتناع من حضور مجلس القضاء والإدلاء بشهادته، وأن له أن يسترعي غيره بنقل الشهادة كما مر في مبحث الشهادة على الشهادة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة:٢٨٢].

وقد سبق بيان ذلك في المبحث الأول، ولذلك فإن للشاهد أن يسترعي غيره عند الخوف من الحضور للمحكمة، وإثبات شهادته أمام القاضي في مجلس الحكم في قضايا الإرهاب والمخدرات ونحوها من الجرائم المتعدي ضررها ، فيما عدا قضايا القصاص والحدود على ما مر ترجيحه، إلا أنه قد يستحسن القاضي ويرى الأخذ بقول الإمام مالك والشافعي الذي ينص على أن الشهادة على الشهادة تجوز في كل شيء، في الحدود وفي غيرها، وذلك عند الاضطرار وتحصيل مصلحة عليا، لا سيما مع تغير الزمان وخراب الذمم والتفنن في تنوع أساليب الجريمة وكثرة الفساد، وما يتعرض له الشهود والمخبرين والمبلغين من تهديد ونحوه، الأمر الذي قد يكلفهم حياتهم، أو يفوت عليهم مصالحهم الشخصية، وما ينتج عن ذلك من تضييق لهم في كافة أمورهم الحياتية.

---

(١) ينظر: «شبكة المحامين العرب» ومقال لرأفت خليل البهادلة بعنوان: (الإثبات بشهادة الشهود في نظام المرافعات الشرعية السعودي).

الخاتمة

وتتضمن أبرز النتائج وأهم التوصيات

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على النبي المصطفى وعلى آله وصحبه وسلم، أما بعد:

فبعد دراسة موضوع: (**إخفاء الشهود خوفًا على الشاهد**)، يمكن أن ألخص أهم النتائج التي توصلتُ إليها كما يلي:

١- أن موضوع إخفاء الشهود وتوفير الحماية لهم لقي اهتمامًا كبيرًا وعلى جميع المستويات الوطنية والدولية، وهناك تزايد مستمر في الجهود المبذولة في هذا السياق؛ لتحقيق أقصى حماية له، وذلك بالنظر إلى الفائدة الكبيرة التي يقدمها خدمة للعدالة.

٢- الشهادة حجة مظهرة للحق يجب على القاضي الحكم بموجبها متى كانت مستوفية لشروطها.

٣- نصَّ الفقهاء على أن خوف الشاهد سبب من الأسباب التي تبيح له الامتناع من حضور مجلس القضاء والإدلاء بشهادته، وأن له أن يسترعي غيره بنقل الشهادة.

٤- لما كانت الشهادة من أهم وسائل الإثبات التي يعتمد عليها القضاء؛ إذ أنها حجة شرعية تثبت بها جميع الحقوق إلا ما ندر، فإن الشهادة على الشهادة تعتبر فرع عن شهادة الأصول، وهي جائزة عند أهل العلم دلَّ على ذلك الإجماع،

والمعقول، وهي طريق من طرق المحافظة على الشاهد وإخفائه، ونقل شهادته عبر غيره من الشهود.

٥- اتفق الفقهاء على قبول الشهادة على الشهادة في الأموال، وما يقصد به المال ونقل الإجماع على ذلك. واختلفوا في ثبوتها فيما عدا ذلك، وقد يرى القاضي عند الحاجة قبول الشهادة على الشهادة في كل شيء في الحدود وغيرها تحقيقًا للمصلحة العليا.

٦- من صور إخفاء الشهود وعدم حضورهم للمحاكم ومجلس القضاء: انتداب القاضي إلى محل إقامة الشاهد وإثبات شهادته، وكذلك استرعاء الشاهد الأصلي الشاهد الفرعي لنقل شهادته إلى مجلس القضاء.

٧- إن من المهم إنشاء إدارة متخصصة بموضوع إخفاء الشهود تكون تابعة لوزارة الداخلية؛ بحيث يتاح لها الإمكانيات المادية والبشرية الكافية لتوفير الحماية للمبلغين والشهود والخبراء وأقاربهم إذا كان هناك احتمال خطر حقيقي يهدد أمنهم؛ مما يشجع الشهود على ثقافة التبليغ والإدلاء بشهاداتهم مع ضمان إخفاء هويتهم، خاصة في القضايا الحساسة المتعلقة بالفساد والجريمة المنظمة.

٨- إن التفريط في عدم إعطاء موضوع إخفاء الشاهد وحمايته من أي خطر يهدد حياته وأسرته ومصالحه الشخصية قد يترتب عليه إحجام الكثير من الشهود من إثبات شهاداتهم؛ بسبب عدم وجود الحماية وعدم شعوره بالأمان.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.



فهرس المصادر والمراجع

١) الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى:٦٨٣هـ)، مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)، تاريخ النشر:١٣٥٦هـ - ١٩٣٧ م.

٢) الأذكار، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى:٦٧٦هـ)، الناشر: الجفان والجابي - دار ابن حزم للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م.

٣) الأربعون النووية، يحيى بن شرف النووي محيي الدين أبو زكريا، مكتبة الاقتصاد – مكة.

٤) الأم، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس المطلبي القرشي المكي (المتوفى:٢٠٤هـ)، دار المعرفة – بيروت، ١٤١٠هـ – ١٩٩٠م.

٥) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى:٨٨٥هـ)، دار إحياء التراث العربي.

٦) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى:٩٧٠هـ)، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨هـ)،

وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية.

٧) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى:٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م.

٨) بلوغ المرام من أدلة الأحكام، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى:٨٥٢هـ)، تحقيق: سمير بن أمين الزهري، دار الفلق – الرياض، الطبعة: السابعة، ١٤٢٤هـ.

٩) البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى:٨٥٥هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠ م.

١٠) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى:٧٩٩هـ)، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

١١) تفسير النسفي (مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى:٧١٠هـ)، حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي، الناشر: دار الكلم الطيب، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨ م.

١٢) التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى:٨٥٢هـ)، تحقيق: أبو عاصم

حسن بن عباس بن قطب، الناشر: مؤسسة قرطبة – مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.

١٣) التلقين في الفقه المالكي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى:٤٢٢هـ)، المحقق: أبو أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

١٤) التنبيه في الفقه الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى:٤٧٦هـ)، عالم الكتب.

١٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى:١٢٣٠هـ)، دار الفكر.

١٦) حاشيتا قليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر – بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

١٧) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى:٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩ م.

١٨) خلاصة البدر المنير، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى:٨٠٤هـ)، الناشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٨٩م.

١٩) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى:١٣٥٣هـ)، دار الجيل، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

٢٠) الدرر المنتثرة في الأحاديث المشتهرة، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى:٩١١هـ)، تحقيق: الدكتور محمد بن لطفي الصباغ، الناشر: عمادة شؤون المكتبات - جامعة الملك سعود، الرياض.

٢١) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى:١٠٥١هـ)، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٢٢) الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى:٦٨٤هـ)، دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٢٣) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى:١٢٥٢هـ)، دار الفكر-بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م.

٢٤) روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى:٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ- ١٩٩١م.

٢٥) السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، الطبعة: الأولى ـ ١٣٤٤هـ.



٢٦) شبكة المحامين العرب، مقال لرأفت خليل البهادلة، عنوان: الإثبات بشهادة الشهود في نظام المرافعات الشرعية السعودي.

٢٧) شرح الزركشي على مختصر الخرقي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى:٧٧٢هـ)، دار العبيكان، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

٢٨) الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى:٦٨٢هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا.

٢٩) شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى:١١٠١هـ)، دار الفكر للطباعة – بيروت.

٣٠) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى:٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين – بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٣١) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.

٣٢) صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى:٢٦١هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت.

٣٣) الضعفاء الكبير، أبو جعفر محمد بن عمرو بن موسى بن حماد العقيلي المكي (المتوفى:٣٢٢هـ)، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار المكتبة العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٣٤) العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفى:٧٨٦هـ)، دار الفكر.

٣٥) فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ.

٣٦) فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى:٨٦١هـ)، دار الفكر.

٣٧) فتح القدير، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى:١٢٥٠هـ)، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤١٤هـ.

٣٨) القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى:٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

٣٩) القوانين الفقهية، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى:٧٤١هـ).

٤٠) لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى:٧١١هـ)، دار صادر – بيروت، الطبعة الثالثة - ١٤١٤هـ.

٤١) المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى:٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧ م.

٤٢) مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد.

٤٣) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (المتوفى:١٠٧٨هـ)، دار إحياء التراث العربي.

٤٤) المجموع شرح المهذب - مع تكملة السبكي والمطيعي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى:٦٧٦هـ)، دار الفكر.

٤٥) المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى:٤٥٦هـ)، دار الفكر – بيروت.

٤٦) المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى:١٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٤٧) المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم النيسابوري (٤٠٥هـ)، نسخة مصورة عن الطبعة الهندية، الناشر: دار المعرفة - بيروت، بإشراف: د. يوسف المرعشلي.

٤٨) المستصفى في علم الأصول، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (المتوفى:٥٠٥هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، المحقق: محمد بن سليمان الأشقر، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

٤٩) مسند الشهاب، أبو عبد الله محمد بن سلامة بن جعفر بن علي بن حكمون القضاعي المصري (المتوفى:٤٥٤هـ)، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٧هـ – ١٩٨٦م.

٥٠) المسوغات الشرعية لكتمان الشهادة، الدكتور نمر محمد نمر، كلية الشريعة بالأردن، منشور على الشبكة.

٥١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية – بيروت.

٥٢) معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى:٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٥٣) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (المتوفى:٨٤٤هـ)، دار الفكر.

٥٤) المغني شرح مختصر الخرقي، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد (٥٤١ - ٦٢٠هـ)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٥٥) المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى:٤٧٤هـ)، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ.

٥٦) منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى:١٢٩٩هـ)، دار الفكر – بيروت.

٥٧) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى:٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢.

٥٨) المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى:٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية.

٥٩) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى:٩٥٤هـ)، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٦٠) نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي (م/ ١) بتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.



المستحدث في الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية

وفقًا لأنظمة المملكة العربية السعودية - دراسة قانونية تحليلية

إعداد

د. أحمد عبد الرحمن المجالي

أستاذ القانون التجاري المشارك / كلية الحقوق - جامعة طيبة

المدينة المنورة - المملكة العربية السعودية



مقدمة

الحمد لله حمدًا كثيرًا طيبًا مباركًا فيه، والصلاة والسلام على سيد الخلق نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

بتاريخ (١/ ١/ ١٤٣٩هـ) باشرت المحاكم التجارية السعودية اختصاصها بناءً على قرار المجلس الأعلى للقضاء[١] القاضي بسلخ جميع دوائر القضاء التجاري عن ديوان المظالم وتحويلها إلى القضاء العام [٢]، وجاء هذا القرار لتفعيل نص المادة التاسعة من نظام القضاء[٣]، وقد حدَّدت المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية[٤] الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية، وبيَّنت أن الفصل في جميع المنازعات التجارية منعقدٌ للمحاكم التجارية، وقد وسَّعت هذه المادة من دائرة اختصاص المحاكم التجارية، وأعطتها الولاية العامة للفصل في جميع المنازعات

---

(١) القرار رقم (١٤٩/ ٤/ ٣٨) الصادر بتاريخ ١٨/ ١١/ ١٤٣٨هـ.

(٢) نص قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٦٧/ت) الصادر بتاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ، بناء على البند (أولًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (١٤٩/ ٤/ ٣٨) الصادر بتاريخ ١٨/ ١١/ ١٤٣٨هـ. على أن يتم: "سلخ الدوائر التجارية ودوائر الاستئناف التجاري التابعة لديوان المظالم إلى المحاكم والدوائر التجارية بالقضاء العام ومباشرتها اختصاصاتها المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية اعتبارًا من تاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ"، وقد نصَّت الفقرة (٦) من البند ثامنًا من آلية العمل التنفيذية لنظامي القضاء وديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ التي تنص على أن: "تسلخ الدوائر التجارية التابعة لديوان المظالم بقضاتها ومعاونيهم ووظائفهم على المحاكم التجارية، وتسلخ دوائر التدقيق التجاري بقضاتها ومعاونيهم ووظائفهم من ديوان المظالم إلى محاكم الاستئناف".

(٣) تنص المادة (٩) من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ على إنشاء محاكم درجة أولى متخصصة، ومن بين تلك المحاكم إنشاء محاكم تجارية متخصصة.

(٤) نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) بتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.



التجارية، وهذا بحد ذاته يعد تطورًا نوعيًّا في تاريخ القضاء التجاري السعودي، كما إن قرار المجلس الأعلى للقضاء القاضي بجعل جميع إجراءات قيد الدعاوي وإحالتها في المحاكم والدوائر التجارية تتم بشكلٍ إلكتروني [(١)] سيسرع الفصل والبت فيها، وهذا يتطابق مع طبيعة الأعمال التجارية القائمة على السرعة، كل هذا التطور في القضاء التجاري سيؤدي إلى تجويده ويجعله أكثر دقة وتميزًا عما كان من قبل.

وتبرز إشكالية البحث في تحديد اختصاص المحاكم التجارية في ظل المستجدات التي أحدثها نظام القضاء ونظام المرافعات الشرعية ونظام المحكمة التجارية، حيث عُدِّلت بعض المواد في الأنظمة السابقة، وكان سريانها مرتبطًا بمباشرة المحاكم التجارية أعمالها، لاسيما فيما يتعلق بتشكيل المحاكم التجارية، وبالأشخاص والأعمال الخاضعة لاختصاصها، لذلك يطرح البحث التساؤلات التالية:

ما هو مفهوم المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية؟ ما هي أنواع الاختصاص القضائي المطبق في المملكة العربية السعودية؟ من هم الأشخاص الخاضعون لاختصاص المحاكم التجارية؟ وما هي الأعمال الخاضعة لاختصاص المحاكم التجارية؟

مما تقدم، يهدف البحث لتوضيح وتجلية مفهوم المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية، من خلال وضع تعريف واضح لها، وبيان أشكالها، وتحليل

(١) البند السابع من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٦٧/ت) الصادر بتاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ، بما تم إقراره في الجلسة الرابعة للمجلس رقم (١٤٩/ ٤/ ٣٨) الصادر بتاريخ ١٨/ ١١/ ١٤٣٨هـ.



جميع أنواع الاختصاصات القضائية المطبقة في تلك المحاكم، وتمييز الأعمال والأشخاص الخاضعون لاختصاصها.

وتبرز أهمية البحث في تسليط الضوء على أهم المستجدات التي طرأت على الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية، وما لحقه من تعديلات على بعض المواد في الأنظمة السعودية.

ولتبيان ذلك سنتبع المنهج الاستقرائي التحليلي، فسنحدد في البداية وبشكلٍ مفصل، ماهية الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية، ومن ثم سنبين الأعمال والأشخاص الخاضعين لاختصاص المحاكم التجارية، كل هذا وفقًا لنظام المرافعات الشرعية ونظام القضاء، ونظام المحكمة التجارية، وما صدر من تعاميم وقرارات من المجلس الأعلى للقضاء، مع إبراز ما استقر عليه القضاء التجاري السعودي في أهم المسائل.

تأسيسًا لما سبق، سنبحث موضوع **(المستحدث في الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية)** وفقًا لأنظمة المملكة العربية السعودية في مبحثين:

المبحث الأول: ماهية الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية.

المبحث الثاني: الدعاوى المتعلقة بالأعمال والأشخاص الخاضعين لاختصاص المحاكم التجارية.



المبحث الأول
ماهية الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية

سنبدأ في هذا المبحث ببيان مفهوم الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية في (المطلب الأول)، من ثَمَّ سنشرع في تمييز كل نوع من أنواع الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية في (المطلب الثاني)، وذلك حسب التعديلات الأخيرة التي حدثت في نظام القضاء ونظام المرافعات الشرعية ونظام المحكمة التجارية.

المطلب الأول: مفهوم الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية.

هنالك مبدآن مطبقان في الاختصاص القضائي: المبدأ الأول يسمى بمبدأ وحدة الاختصاص القضائي، والمبدأ الثاني يسمى بمبدأ التخصص القضائي(١)، حسب المبدأ الأول توجد محكمة واحدة تفصل في جميع الدعاوي أيًّا كان نوعها سواء كانت مدنية أو تجارية، وهذا المبدأ مطبق في كل من مصر والأردن(٢)،

---

(1) Bot (Y.), 1985," Les institutions judiciaires :organisation et fonctionnement", Paris, éd. Berger-Levrault, p. (75). ; Geisenberger, 1964, De l'exception d'incompétence d'attribution des tribunaux de commerce, RTDcom, 1964, 39 ; Pinsseau (H.), 1985, L'organisation judiciaire de la France, Paris, La Documentation française, p. 68.

(٢) القليوبي، سميحة ٢٠٠٧، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ص (٧٨)؛ العبودي، عباس، ٢٠٠٩م شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، ط (١)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص (٢٧).

وحسب المبدأ الثاني، توجد عدة محاكم متخصصة، كل واحدة منها تختص بالفصل في نوع معين من الدعاوي، فيوجد محاكم تجارية متخصصة بالنظر في الدعاوي التجارية، ومحاكم مدنية متخصصة بالنظر بالدعاوي المدنية، ولا يحق لأي محكمة منها النظر في دعوى من اختصاص الأخرى، وإذا فعلت فيكون حكمها معيبًا يستوجب النقض(١)، ومن أوائل من طبق هذا المبدأ القضاء الفرنسي، فأنشأ عدة أنواع من المحاكم، وقسَّمها حسب نوع الدعوى(٢)، وتطبق المملكة العربية السعودية مبدأ التخصص القضائي، وقد عززت تطبيقه مع إنشاء المحاكم التجارية ومباشرتها لعملها بتاريخ (١/ ١/ ١٤٣٩هـ).

في هذا المطلب سنحاول وضع تعريفٍ شاملٍ للمحاكم التجارية، ونبين كيفية نشأتها في المملكة العربية السعودية وذلك في (الفرع الأول)، بعد ذلك سنفصل في تشكيل المحاكم التجارية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف وإنشاء المحاكم التجارية

في هذا الفرع سنبدأ بتعريف المحكمة التجارية، ومن ثَمَّ سنبين المستند القانوني الذي أسست عليه المحاكم التجارية.

أولًا: تعريف المحكمة التجارية

عرَّف شرَّاح القانون الفرنسي المحكمة التجارية على أنها: محكمة من محاكم الدرجة الأولى، تشكل من قاضٍ منتخب وكاتب، واختصاصاتها محددة في قانون

---

(١) المرجع السابق، ص (٢٨).

(2) Bot (Y.), op. cit. , p. 75 ; Geisenberger, p. 39 ; Pinsseau (H.), op. cit. p. 68.

التجارة، وتخضع للأحكام العامة التي تخضع لها جميع المحاكم(١)، فتتكون المحاكم التجارية في فرنسا من قضاة منتخبين من قبل التجار، فيجب أن يكون الشخص المراد الترشح ليشغل منصب قاضٍ تجاري تاجرًا حتى يستطيع أن يرشح نفسه، فقضاة المحاكم التجارية الفرنسية ليسوا قضاة محترفين ولا معينين من قبل الدولة، ولا يشترط أن يكونوا من القانونيين، فيكفي أن يكون القاضي المترشح تاجرًا مسجلًا في سجل التجار لمدة لا تقل عن خمس سنوات(٢)، وهذا على عكس ما هو معمول به في المملكة العربية السعودية، فقضاة المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية هم قضاة معينون من قبل الدولة، ولا يختلفون عن قضاة المحاكم الأخرى بشيء سوى أنهم ينظرون في المنازعات التجارية.

ولم تُعرِّف الأنظمة السعودية المحكمة التجارية بشكلٍ صريح إلا أنه تم الإشارة إلى عناصرها ومكوناتها في أكثر من نظام، فنص نظام القضاء على أن المحكمة التجارية هي محكمة من محاكم الدرجة الأولى(٣)، وأنها تؤلف من دوائر

---

(1) Article (L721-1) de code de commerce français définit les tribunaux de commerce ainsi :"Les tribunaux de commerce sont des juridictions du premier degré, composées de juges élus et d'un greffier. Leur compétence est déterminée par le présent code et les codes et lois particuliers. Les tribunaux de commerce sont soumis aux dispositions, communes à toutes les juridictions, du livre Ier du code de l'organisation judiciaire."

(2) Croze (H.), 2001, Le retour (de la compétence matérielle) des tribunaux de commerce, Procédures, 2001, n° (6), p. (5). Croze (H.), 2009 Contentieux des sociétés commerciales, revue Procédures, n° 12, décembre 2009, commentaire n° (411), p. (19-20), note à propos de Com. - 27 octobre 2009.

(٣) البند (د) من الفقرة (٣) من المادة (٩) نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ.

متخصصة، كل دائرة مكونة من قاضٍ فردٍ أو أكثر[1]، وهذه العناصر تتوافق بشكلٍ كبير مع تعريف المحكمة التجارية في القانون الفرنسي كما بينا سابقًا، وبيَّنت المادة الخامسة والثلاثون من نظام المرافعات الشرعية اختصاص المحكمة التجارية بالتفصيل.

وقد عرَّفها بعض شراح القانون على أنها: "جهة قضائية تتبع القضاء العام، وينظمها النظام التجاري للفصل في المنازعات التجارية" [2].

تأسيسًا لما سبق، يمكننا استنتاج واستخلاص **تعريف المحكمة التجارية** على النحو الآتي: هي محكمة من محاكم الدرجة الأولى مكونة من عدة دوائر، متخصصة بالنظر في جميع الدعاوى المتعلقة بالأنظمة التجارية والأعمال التجارية والتجار والشركات، والشركاء في الشركة، ما عدا ما استثني بنصٍ خاص.

ثانيًا: إنشاء المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية

أنشئ المجلس الأعلى للقضاء المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية بناءً على البند (د) من المادة (٦)، والبند (د) من الفقرة (٣) من المادة (٩) من نظام القضاء[3]، ولتنسيق وتسهيل عملية انتقال الدوائر التجارية من ديوان المظالم إلى وزارة العدل، وتطبيقًا للبند (ثامنًا) من آلية العمل التنفيذية لنظامي القضاء

---

(١) المادة (٢٢) نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ.

(٢) العصيمي، منصور بن زيد ٢٠١٥م-١٤٣٦هـ، اختصاصات المحكمة التجارية في نظامي القضاء والمرافعات الشرعية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص (١٦).

(٣) البند (د) من المادة (٦)، والبند (د) من الفقرة (٣) من المادة (٩) نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ.

وديوان المظالم [١]، فقد تم إنشاء محاكم تجارية في كلٍ من الرياض وجدة والدمام، واستحدثت دوائر استئناف تجارية بمحاكم الاستئناف الموجودة في كلٍ من: الرياض ومكة المكرمة والدمام والمدينة المنورة وعسير [٢].

واستنادًا إلى نص المادة (٢٣) من نظام القضاء التي تنص على إمكانية إنشاء دوائر تجارية متخصصة في المحاكم العامة وذلك في المراكز والمحافظات التي لم تنشأ فيها محاكم تجارية متخصصة [٣]، فقد أنشأ المجلس الأعلى للقضاء دوائر تجارية في المحاكم العامة في كل من مكة المكرمة والمدينة المنورة وحائل وتبوك وسكاكا وبريدة والباحة وأبها [٤]، أما بالنسبة للمراكز التي لا يوجد فيها محاكم فتتبع محكمة أقرب بلدة إليها في منطقتها، ما لم يقرر المجلس الأعلى للقضاء تبعيتها لمحكمة أخرى في المنطقة نفسها [٥].

---

(١) الفقرات (٢، ٥، ١٠) من البند ثامنًا من آلية العمل التنفيذية لنظامي القضاء وديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ؛ وثيقة سلخ الدوائر التجارية التابعة لديوان المظالم إلى القضاء العام الموقعة بين وزارة العدل السعودية وديوان المظالم بتاريخ ١٣ جمادى الآخر ١٤٣٧هـ.

(٢) الفقرة (٧) من البند ثامنًا من آلية العمل التنفيذية لنظامي القضاء وديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ؛ وثيقة سلخ الدوائر التجارية التابعة لديوان المظالم إلى القضاء العام الموقعة بين وزارة العدل السعودية وديوان المظالم بتاريخ ١٣ جمادى الآخر ١٤٣٧هـ.

(٣) المادة (٢٣) نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ.

(٤) الفقرة (٦) من البند ثامنًا من آلية العمل التنفيذية لنظامي القضاء وديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ؛ وثيقة سلخ الدوائر التجارية التابعة لديوان المظالم إلى القضاء العام الموقعة بين وزارة العدل السعودية وديوان المظالم بتاريخ ١٣ جمادى الآخر ١٤٣٧هـ.

(٥) المادة (٤١) من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وبتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.



الفرع الثاني: تشكيل المحاكم التجارية

المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية على درجتين من درجات التقاضي هما: محاكم الدرجة الأولى، ومحاكم الدرجة الثانية.

أولًا: محاكم الدرجة الأولى.

تتكون محاكم الدرجة الأولى التجارية من نوعين من الدوائر هما: محاكم تجارية فردية، ومحاكم تجارية ثلاثية، وذلك إما حسب قيمة المطالبة أو حسب نوع المطالبة كما هو آتٍ:

١- الدوائر التجارية الفردية:

تتكون الدوائر التجارية الفردية من قاضٍ فرد[١]، وتنظر في الدعاوى التجارية التي لا تزيد الطلبات الأصلية فيها عن ثلاثمائة ألف ريال باستثناء دعاوى الشركات والوكالات التجارية فتنظر من دائرة مكونة من ثلاثة قضاة حتى وإن كانت الطلبات الأصلية فيها تقل عن ثلاثمائة ألف[٢].

وبالنسبة للمحافظات والمراكز التي ليس فيها محكمة أو دائرة تجارية متخصصة بما تختص به الدوائر التجارية المكونة من قاضٍ فرد، فتكون المحكمة العامة في تلك المحافظات والمراكز هي المختصة بالنظر في الدعاوى التجارية [٣].

---

(١) المادة (٢٢) من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ وقرار مجلس الوزراء رقم (٣٠٣) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ.

(٢) البند الخامس من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٦٧/ ت) الصادر بتاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ، بما تم إقراره في الجلسة الرابعة للمجلس رقم (١٤٩/ ٤/ ٣٨) وتاريخ ١٨/ ١١/ ١٤٣٨هـ؛ وكذلك قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٢٠١/ ٥/ ٢٩) الصادر بتاريخ ٢٤/ ٢/ ١٤٣٩هـ.

(٣) البند (أولًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٩١/ ت) الصادر بتاريخ ٢٦/ ٢/ ١٤٣٩هـ.

٢- الدوائر التجارية الثلاثية:

تتكون الدوائر التجارية الثلاثية من ثلاثة قضاة، وتنظر في الدعاوى التجارية التالية:

١) الدعاوى التجارية التي تزيد الطلبات الأصلية فيها عن ثلاثمائة ألف ريـال[١].

٢) الدعاوى التجارية المتعلقة بنظام الشركات مهما كانت قيمة المطالبة الأصلية فيها[٢].

٣) الدعاوى المتعلقة بالوكالات التجارية مهما كانت قيمة المطالبة الأصلية فيها[٣].

٤) جميع الدعاوى التجارية المنصوص عليها في المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية، باستثناء ما هو مشمول باختصاص الدوائر الفردية[٤].

---

(١) البند الخامس من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٦٧/ ت) الصادر بتاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ، بما تم إقراره في الجلسة الرابعة للمجلس رقم (١٤٩/ ٤/ ٣٨) وتاريخ ١٨/ ١١/ ١٤٣٨هـ؛ وكذلك قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٢٠١/ ٥/ ٢٩) الصادر بتاريخ ٢٤/ ٢/ ١٤٣٩هـ.

(٢) البند الخامس من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٦٧/ ت) الصادر بتاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ، بما تم إقراره في الجلسة الرابعة للمجلس رقم (١٤٩/ ٤/ ٣٨) وتاريخ ١٨/ ١١/ ١٤٣٨هـ؛ وكذلك قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٢٠١/ ٥/ ٢٩) الصادر بتاريخ ٢٤/ ٢/ ١٤٣٩هـ.

(٣) البند الخامس من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٦٧/ ت) الصادر بتاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ، وما تم إقراره في الجلسة الرابعة للمجلس رقم (١٤٩/ ٤/ ٣٨) وتاريخ ١٨/ ١١/ ١٤٣٨هـ؛ وكذلك قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٢٠١/ ٥/ ٢٩) الصادر بتاريخ ٢٤/ ٢/ ١٤٣٩هـ.

(٤) البند الخامس من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٦٧/ ت) الصادر بتاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ، بما تم إقراره في الجلسة الرابعة للمجلس رقم (١٤٩/ ٤/ ٣٨) وتاريخ ١٨/ ١١/ ١٤٣٨هـ؛ وكذلك قرار =



وقد حددت المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية المنازعات التي تختص بها المحاكم التجارية كما هو آتٍ:

أ . جميع المنازعات التجارية الأصلية والتبعية التي تحدث بين التجار.

ب . الدعاوى التي تقام على التاجر بسبب أعماله التجارية الأصلية والتبعية.

ج . المنازعات التي تحدث بين الشركاء في الشركات.

د . جميع الدعاوى والمخالفات المتعلقة بالأنظمة التجارية، وذلك دون إخلال باختصاص ديوان المظالم.

ه . دعاوى الإفلاس والحجر على المفلسين ورفعه عنهم.

و . المنازعات التجارية الأخرى.

ثانيًا: محاكم الدرجة الثانية (محاكم الاستئناف)

هنالك أحكام تصدرها المحكمة التجارية تكون قابلة للاستئناف، وأحكام أخرى قطعية غير قابلة للاستئناف.

١ - الأحكام التجارية التي تقبل الاستئناف.

وفقًا لنص الفقرة (١) من المادة (١٨٥) من نظام المرافعات الشرعية، فإن جميع الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى هي أحكام قابلة للاستئناف[١]، وبينت الفقرة (٢) من نفس المادة أن المجلس الأعلى للقضاء يحدد الأحكام التي

= المجلس الأعلى للقضاء رقم (٢٠١/ ٥/ ٢٩) الصادر بتاريخ ٢٤/ ٢/ ١٤٣٩هـ.

(١) الفقرة (١) من المادة (١٨٥) من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وبتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.



يكتفى بتدقيقها من محكمة الاستئناف[1]، وقد قرَّر المجلس الأعلى للقضاء [2]أن الأحكام الصادرة في الدعاوى التجارية تعتبر من الأحكام التي يُكتفى بتدقيقها وفقًا لأحكام المادتين (١٩١)[3] و(١٩٢)[4] من نظام المرافعات الشرعية [5]، إلا أنه وفي نفس القرار بيَّن المجلس أن تدقيق الأحكام الصادرة في الدعاوى التجارية هو إجراء مؤقت إلى حين استكمال المجلس الأعلى للقضاء آلية إعمال المواد المعلقة من نظام المرافعات الشرعية الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ (١٢/ ١/ ١٤٣٥هـ).

يستنتج مما سبق أن الأحكام التجارية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى قابلة

---

(١) الفقرة (٢) من المادة (١٨٥) من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وبتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.

(٢) البند ثانيًا من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٦٧/ ت) الصادر بتاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ، بما تم إقراره في الجلسة الرابعة للمجلس رقم (١٤٩/ ٤/ ٣٨) وتاريخ ١٨/ ١١/ ١٤٣٨هـ. الذي نص على أن: "تكون الأحكام الصادرة في الدعاوى التجارية من الأحكام التي يكتفى بتدقيقها وفق أحكام المادتين (١٩١، ١٩٢)، من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ وذلك إلى حين استكمال المجلس الأعلى للقضاء آلية إعمال المواد المعلقة من نظام المرافعات الشرعية الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ١٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.

(٣) تنص المادة (١٩١) من نظام المرافعات الشرعية على أنه: "إذا وجدت محكمة الاستئناف أن منطوق الحكم في القضايا التي يتم تدقيقها دون مرافعة موافقًا من حيث نتيجته لأصوله الشرعية، أيدته مع التوجيه بما قد يكون لها من ملحوظات لا تقتضي نقض الحكم، وإذا نقضت الحكم كليًّا أو جزئيًّا، فعليها أن تحكم فيما نقض بعد سماع أقوال الخصوم".

(٤) تنص المادة (١٩٢) من نظام المرافعات الشرعية على أنه: "إذا حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى الصادر بعدم الاختصاص، أو بقبول دفع فرعي ترتب عليه منع السير في الدعوى، وجب عليها أن تعيد القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم للنظر في موضوعها".

(٥) الفقرة (١) من المادة (١٨٥) من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وبتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.

للاستئناف.

وبالنسبة لاستئناف القضايا التي تنظرها المحاكم العامة في المحافظات والمراكز التي ليس فيها محكمة أو دائرة تجارية متخصصة بما تختص به الدوائر التجارية المكونة من قاضٍ فرد، فيكون استئناف الأحكام الصادرة عنها لدى دائرة الاستئناف (الحقوقية) في المنطقة التي تقع المحكمة في نطاقها [(١)].

٢- الأحكام التجارية القطعية

تنص الفقرة (١) من المادة (١٨٥) من نظام المرافعات الشرعية على أن جميع الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى قابلة للاستئناف باستثناء الأحكام في الدعاوى اليسيرة التي يحددها المجلس الأعلى للقضاء[(٢)]، وقد قرَّر المجلس الأعلى للقضاء أن الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى في الدعاوى التجارية التي لا تزيد قيمة المطالبة فيها عن عشرين ألف ريال من الدعاوى اليسيرة التي لا تقبل الاعتراض[(٣)].

---

(١) البند (ثانيًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٩١/ ت) الصادر بتاريخ ٢٦/ ٢/ ١٤٣٩هـ.

(٢) الفقرة (١) من المادة (١٨٥) من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وبتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.

(٣) البند الرابع من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٦٧/ ت) الصادر بتاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ، بما تم إقراره في الجلسة الرابعة للمجلس رقم (١٤٩/ ٤/ ٣٨) وتاريخ ١٨/ ١١/ ١٤٣٨هـ. الذي ينص على: "دون الإخلال بما تضمنته الفقرة (٤) من المادة (١٨٥) من نظام المرافعات الشرعية تعد الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى في الدعاوى التجارية التي لا تزيد قيمة المطالبة فيها عن عشرين ألف ريال من الدعاوى اليسيرة التي لا تقبل الاعتراض"، وقد نصت الفقرة (٤) من المادة (١٨٥) من نظام المرافعات الشرعية على ما يلي: "إذا كان المحكوم عليه ناظر وقف، أو وصيًّا، أو وليًّا، أو ممثل جهة حكومية ونحوه، ولم يطلب الاستئناف، أو طلب الاستئناف أو التدقيق ولم يقدم مذكرة الاعتراض خلال المدة المقررة نظامًا، أو كان المحكوم عليه غائبًا وتعذر تبليغه بالحكم، فعلى المحكمة أن ترفع الحكم =

المطلب الثاني: أنواع الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية.

توجد ثلاثة أنواع للاختصاص القضائي للمحاكم التجارية هي:

- الاختصاص المكاني للمحاكم التجارية.
- الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية.
- الاختصاص الولائي للمحاكم التجارية.

الفرع الأول: الاختصاص المكاني للمحاكم التجارية.

يحدد الاختصاص المكاني للمحاكم التجارية حسب الأشخاص التي ترفع عليهم الدعوى، لذلك سنبحث بدايةً الاختصاص المكاني للمحاكم التجارية في الدعاوى التي ترفع ضد الأشخاص الطبيعيين، ومن ثم الاختصاص المكاني للمحاكم التجارية في الدعاوى التي ترفع ضد الأشخاص الاعتباريين، وأخيرًا سنبين كيفية حل تنازع الاختصاص المكاني للمحاكم التجارية.

= إلى محكمة الاستئناف لتدقيقه مهما كان موضوع الحكم، ولا يشمل ذلك ما يأتي:
أ- القرار الصادر على الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم من المحكمة المختصة منفذًا لحكم نهائي سابق.
ب- الحكم الصادر في شأن مبلغ أودعه أحد الأشخاص لمصلحة شخص آخر، أو ورثته ما لم يكن للمودع أو من يمثله معارضة في ذلك".



أولًا: الاختصاص المكاني للمحاكم التجارية في الدعاوى التي ترفع ضد الأشخاص الطبيعيين

وفقًا لنص المادة السادسة والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية فالاختصاص المكاني في حال رفع الدعوى ضد التاجر الفرد يكون وفقًا لما يلي:

١- يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مكان إقامة المدعى عليه، فإن لم يكن لـه مكان إقامة في المملكة فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مكان إقامة المدعي.

٢- إذا لم يكن للمدعي والمدعى عليه مكان إقامة في المملكة فللمدعي إقامة دعواه في إحدى محاكم مدن المملكة.

٣- إذا تعدَّد المدعى عليهم يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مكان إقامة الأكثرية، وفي حال التساوي يكون المدعي بالخيار في إقامة الدعوى أمام أي محكمة يقع في نطاق اختصاصها مكان إقامة أحدهم.

ثانيًا: الاختصاص المكاني للمحاكم التجارية في الدعاوى التي ترفع ضد الأشخاص الاعتباريين

نصت المادة الثامنة والثلاثون من نظام المرافعات الشرعية على أن تقام الدعاوى المتعلقة بالشركات والجمعيات القائمة، أو التي في دور التصفية، أو المؤسسات الخاصة، في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مركز إدارتها، سواءً كانت الدعوى على الشركة أو الجمعية أو المؤسسة، أو من الشركة أو الجمعية أو المؤسسة على أحد الشركاء أو الأعضاء، أو من شريك أو عضو على آخر، ويجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها فرع الشركة أو الجمعية



أو المؤسسة وذلك في المسائل المتعلقة بهذا الفرع.

وقد نصَّت الفقرة (١) من المادة (٣٨) من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية على أن تقام الدعوى على العضو أو الشريك في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مكان الشركة أو الجمعية أو المؤسسة إذا كان المدعى عليه مسجلًا فيها رسميًّا، فإن لم يكن مسجلًا فتقام في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مكان إقامة المدعى عليه وفقًا للمادة السادسة والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية التي بيَّناها في الأعلى.

ثالثًا: تنازع الاختصاص المكاني للمحاكم التجارية

بينا عند دراسة إنشاء المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية أنه تم إنشاء محاكم تجارية في كلٍ من الرياض وجدة والدمام [١]، أما المراكز والمحافظات التي لم تنشأ فيها محاكم تجارية متخصصة [٢]، فقد تم إنشاء دوائر تجارية في المحاكم العامة في كل من مكة المكرمة والمدينة المنورة وحائل وتبوك وسكاكا وبريدة والباحة وأبها [٣]، وأما المراكز التي لا يوجد فيها محاكم فتتبع محكمة أقرب بلدة إليها في منطقتها، ما لم يقرر المجلس الأعلى للقضاء تبعيتها لمحكمة أخرى في

---

(١) الفقرة (٧) من البند ثامنًا من آلية العمل التنفيذية لنظامي القضاء وديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ؛ وثيقة سلخ الدوائر التجارية التابعة لديوان المظالم إلى القضاء العام الموقعة بين وزارة العدل السعودية وديوان المظالم بتاريخ ١٣) جمادى الآخر ١٤٣٧هـ.

(٢) المادة (٢٣) نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ.

(٣) الفقرة (٦) من البند ثامنًا من آلية العمل التنفيذية لنظامي القضاء وديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ؛ وثيقة سلخ الدوائر التجارية التابعة لديوان المظالم إلى القضاء العام الموقعة بين وزارة العدل السعودية وديوان المظالم بتاريخ ١٣) جمادى الآخر ١٤٣٧هـ.

المنطقة نفسها(١)، وقد بيَّنا في الأعلى أن المحكمة العامة هي المختصة بالنظر في الدعاوى التجارية في المحافظات والمراكز التي ليس فيها محكمة أو دائرة تجارية متخصصة(٢)، وأن استئناف الأحكام الصادرة من هذه المحاكم يكون لدى دائرة الاستئناف (الحقوقية) في المنطقة التي تقع المحكمة في نطاقها (٣).

وقد نصَّت المادة (٤) من نظام المرافعات الشرعية على أن تعتبر المدينة أو المحافظة أو المركز نطاقًا مكانيًّا للمحكمة التي هي فيها، وفي حال تعدد المحاكم فيها يحدد المجلس الأعلى للقضاء النطاق المكاني لكل منها(٤)، وفي حال تنازع الاختصاص المكاني سواء كان هذا التنازع سلبيًّا بحيث ترفض جميع المحاكم المرفوع لديها النزاع النظر في الدعوى، أو كان إيجابيًّا بحيث تقر جميع المحاكم المرفوع لديها النزاع بالاختصاص، ففي تلك الحالتين تحال الدعوى إلى المحكمة العليا للفصل في ذلك(٥).

الفرع الثاني: الاختصاص الولائي للمحاكم التجارية

سنبيِّن في هذا الفرع مفهوم الاختصاص الولائي، من ثَمَّ سنميز الاختصاص الولائي عن الاختصاص النوعي، بعد ذلك سنبحث في كيفية الفصل في تنازع

---

(١) المادة (٤١) من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وبتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.

(٢) البند (أولًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٩١/ ت) الصادر بتاريخ ٢٦/ ٢/ ١٤٣٩هـ.

(٣) البند (ثانيًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٩١/ ت) الصادر بتاريخ ٢٦/ ٢/ ١٤٣٩هـ.

(٤) المادة (٤١) من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وبتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.

(٥) المادة (٤١) من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) وبتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.



الاختصاص الولائي، وأخيرًا سنشرح المعيار المعتمد لتحديد المحكمة المختصة ولائيًّا.

أولًا: مفهوم الاختصاص الولائي وتمييزه عن الاختصاص النوعي.

يُعرَّف الاختصاص الولائي (أو الوظيفي) على أنه: "قصر ولاية كل جهة قضائية من جهات التقاضي داخل الدولة على أقضية معينة"[١]. فيستخدم لتحديد الجهة القضائية التي يدخل النزاع في اختصاصها، فيحدد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الاداري وغيرهما من جهات القضاء[٢].

فالفرق بين الاختصاص الولائي والاختصاص النوعي هو أن الاختصاص الولائي ينصرف إلى جهة القضاء والمحكمة، بينما الاختصاص النوعي ينصرف إلى الدعوى وموضوعها[٣].

ثانيًا: الفصل في تنازع الاختصاص الولائي.

بينت المادة (٢٧) من نظام القضاء السعودي أنه يوجد نوعان من تنازع الاختصاص الولائي هما: تنازع سلبي وتنازع إيجابي:

---

(١) آل خنين، عبد الله، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، دار ابن فرحون، الرياض، (ص١٣١).

(٢) الطالب، عبد الكريم الطالب، ٢٠٠٩م "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية"، ط (٥)، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ص (٧).

(٣) توفيق، عبد العزيز، ١٩٩٥م، شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، ج١)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، (ص١٠١).

١- التنازع السلبي في الاختصاص الولائي

وفقًا لنص المادة (٢٧) من نظام القضاء السعودي[١] فإنه يعبر عن التنازع السلبي في الاختصاص الولائي على أنه عند رفع دعوى أمام محكمتين تتخلى كلتا المحكمتين عن النظر في النزاع، فجميع المحاكم التي ترفع أمامها الدعوى ترفض النظر فيها، ولحل هذه المعضلة ترفع الدعوى إلى لجنة الفصل في تنازع الاختصاص في المجلس الأعلى للقضاء للبت في المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى[٢].

٢- التنازع الإيجابي في الاختصاص الولائي

وفقًا لنص المادة (٢٧) من نظام القضاء السعودي، فإنه يعبر عن التنازع الإيجابي في الاختصاص الولائي كما يلي: عند رفع دعوى أمام محكمتين متخصصتين بالنظر في النزاع لا تتخلى أي منهما عن الدعوى، وتتمسكان بالنظر

---

(١) المادة (٢٧) من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ وقرار مجلس الوزراء رقم (٣٠٣) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ.

(٢) نصت المادة (٢٧) من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ وقرار مجلس الوزراء رقم (٣٠٣) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ على أنه: "إذا رفعت دعوى عن موضوع واحد أمام إحدى المحاكم الخاضعة لهذا النظام وأمام إحدى محاكم ديوان المظالم أو أي جهة أخرى تختص بالفصل في بعض المنازعات، ولم تتخل إحداهما عن نظرها أو تخلتا كلتاهما، فيرفع طلب تعيين الجهة المختصة إلى لجنة الفصل في تنازع الاختصاص في المجلس الأعلى للقضاء، وتؤلف هذه اللجنة من ثلاثة أعضاء: عضو من المحكمة العليا يختاره رئيس المحكمة، وعضو من ديوان المظالم أو الجهة الأخرى يختاره رئيس الديوان أو رئيس الجهة - حسب الأحوال - وعضو من القضاة المتفرغين أعضاء المجلس الأعلى للقضاء يختاره رئيس المجلس، ويكون رئيسًا لهذه اللجنة. كما تختص هذه اللجنة بالفصل في النزاع الذي ينشأ في شأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين: أحدهما صادر من إحدى المحاكم الخاضعة لهذا النظام والآخر من إحدى محاكم ديوان المظالم أو الجهة الأخرى".

فيها. في هذه الحالة، نكون أمام إشكالية كبرى؛ وذلك لصدور حكمين من محكمتين مختلفتين كلاهما متخصصة بالفصل في النزاع، وقد يكون حكم الأولى مناقضًا لحكم الثانية، فأيُّ حكمٍ من الحكمين هو المعتمد ويؤخذ به وينفذ؟

حلَّت هذه المعضلة المادة (٢٧) من نظام القضاء، ونصَّت على أن ترفع الدعوى في حال التنازع الإيجابي في الاختصاص الولائي إلى لجنة الفصل في تنازع الاختصاص في المجلس الأعلى للقضاء للبت في المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى، كما عمل في الاختصاص السلبي[١].

ثالثًا: المعيار المعتمد لتحديد المحكمة المختصة ولائيًّا

أصدر المجلس الأعلى للقضاء قرارًا يوضح المعيار المعتمد في تحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاع عندما تكون كلتا المحكمتين مختصتين في النظر في نفس الموضوع، فقرَّر أن تنعقد الولاية للمحكمة التي رفعت الدعوى أمامها أولًا، بحيث تضم جميع الأوراق والمستندات للدعويين، وتحكم فيهما بما ينهي النزاع بين الأطراف، إلا إذا كانت الدعوى الثانية متهيئة للحكم بها[٢].

---

(١) المادة (٢٧) من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ وقرار مجلس الوزراء رقم (٣٠٣) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ.

(٢) البند الخامس عشر من تعميم المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ ت) بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية، حيث نص على أنه: "إذا أقيمت الدعوى في موضوع واحد لدى محكمتين مختصتين، فإن الاختصاص ينعقد لمن أقيمت لديه أولًا، وتضم جميع الأوراق مع الدعوى الأولى، وتحكم في الدعويين يما ينهي النزاع بين الطرفين، ما لم تكن الدعوى الثانية متهيئة للحكم، ومن ذلك دعاوى المقاولات إذا كان الطرف الثاني غير تاجر، وأقام المقاول دعواه لدى المحكمة العامة، ثم أقام الطرف الثاني دعواه أمام المحكمة التجارية أو العكس".

الفرع الثالث: الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية

سنبدأ في هذا الفرع بتعريف الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية، من ثَمَّ نبين الشروط الواجب توافرها في الاختصاص النوعي على المحاكم التجارية.

أولًا: تعريف الاختصاص النوعي

يُعرَّف الاختصاص النوعي بأنه: "قصر ولاية القاضي على نوع أو أكثر من أنواع الأقضية"(١). فالاختصاص النوعي يحدد المحكمة المختصة حسب نوع الدعوى وموضوعها.

ويعتبر الاختصاص النوعي من النظام العام، فلا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفته، ويمكن للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، ويمكن للأطراف إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى حتى لو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو المحكمة العليا(٢).

وقد حدَّدت المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية، وجاء هذا التحديد على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال، فلا تختص المحاكم التجارية إلا بنظر:

أ . جميع المنازعات التجارية الأصلية والتبعية التي تحدث بين التجار.

ب . الدعاوى التي تقام على التاجر بسبب أعماله التجارية الأصلية والتبعية.

ج . المنازعات التي تحدث بين الشركاء في الشركات.

---

(١) آل خنين، عبد الله، مرجع سابق. (ص١٣١).

(٢) توفيق، عبد العزيز، مرجع سابق. (ص٧٥).



د. جميع الدعاوى والمخالفات المتعلقة بالأنظمة التجارية، وذلك دون إخلال باختصاص ديوان المظالم[١].

ه. دعاوى الإفلاس والحجر على المفلسين ورفعه عنهم.

و. المنازعات التجارية الأخرى.

ثانيًا: الشروط الواجب توافرها في الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية

بالرغم من أن المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية قد حددت المنازعات التي تدخل في اختصاص المحاكم التجارية، إلا أنه لا يمكن لهذه المحاكم - باستثناء الدعاوى المتعلقة بالأنظمة التجارية ودعاوى الشركات والإفلاس-أن تنظر في هذه المنازعات إلا إذا توافرت الشروط التالية:

١- أن يكون المدعى عليه تاجرًا[٢]: المعيار هنا حسب المدعى عليه، فجميع الدعاوى التي يكون فيها التاجر مدعى عليه، أي: ترفع ضده هي من اختصاص المحكمة التجارية، فإذا كان النزاع بين تاجرين فمن الطبيعي أن ترفع الدعوى على تاجر، وكذلك إذا كان النزاع بين تاجر ومدني فيجب على المدني أن يرفع دعواه أمام المحكمة التجارية، فهو غير مخير بأن يرفع دعواه أمام المحكمة

(١) وقد ضرب قرار رئيس المجلس الأعلى للقضاء أمثلة لهذه الأنظمة التجارية الواردة في هذه الفقرة بـ: نظام الشركات، ونظام الوكالات التجارية، ونظام السجل التجاري، ونظام المحكمة التجارية، ونظام البيانات التجارية، ونظام الرهن التجاري، انظر: البند (الثالث عشر) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) الصادر بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية ينص على أنه: "من الأنظمة التجارية المشار إليها في الفقرة (د) من المادة الخامسة والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية: نظام الشركات، ونظام الوكالات التجارية، ونظام السجل التجاري، ونظام المحكمة التجارية، ونظام البيانات التجارية، ونظام الرهن التجاري".

(٢) سنبين في الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني المفهوم القانوني للتاجر.

التجارية أو أمام المحكمة العامة كما يذكر بعض شراح القانون التجاري، بل يجب عليه أن يرفعها أمام المحكمة التجارية، فنص الفقرة (ب) من المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية جاء واضحًا وصريحًا، وأوجب بشكلٍ جلي بأن ترفع الدعاوى المقامة ضد التجار أمام المحاكم التجارية، ولم يخير المدني برفع دعواه أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة العامة، فلو رفع المدني دعوى ضد التاجر أمام المحكمة العامة، فيجب عليها رد الدعوى لعدم الاختصاص.

أما بالنسبة للتاجر فيرفع دعواه ضد المدني أمام المحكمة العامة، ولا يجوز له رفعها أمام المحكمة التجارية، وإذا فعل ورفعها لدى المحكمة التجارية فيجب عليها رد الدعوى لعدم الاختصاص، وذلك لعدم وجود نصٍّ في نظام المرافعات الشرعية يجيز للتاجر رفع دعوى ضد المدني أمام المحكمة التجارية، حتى ولو كانت متعلقة بعمل تجاري بالنسبة للتاجر.

٢- أن يكون محل النزاع عملًا تجاريًّا: حتى ينعقد اختصاص المحكمة التجارية لا بد أن يكون العمل من الأعمال التجارية، والأعمال التجارية تنقسم إلى قسمين: أعمال تجارية أصلية، وأعمال تجارية تبعية كما سنبينها لاحقًا في البحث.

٣- ألا تكون الدعوى من اختصاص جهة أخرى: فإذا كانت الدعوى من اختصاص جهة أخرى حتى ولو توافر فيها الشرطان السابقان فلا ينعقد الاختصاص للمحكمة التجارية.

يتضح مما سبق أن هنالك أشخاصًا وأعمالًا خاضعة لاختصاص المحاكم التجارية، وأشخاصًا وأعمالًا غير خاضعين لاختصاصها، وحتى يخضعوا لها لا بد من توافر خصائص وشروط معينة فيهم، لمعرفة ذلك يجب علينا تبيان من هم الأشخاص الخاضعين لاختصاص المحاكم التجارية، وما هي الأعمال الخاضعة لاختصاص المحاكم التجارية.



المبحث الثاني
الدعاوى المتعلقة بالأعمال والأشخاص الخاضعون لاختصاص المحاكم التجارية

في هذا المبحث سنحدِّد الدعاوى المتعلقة بالأشخاص الخاضعين لاختصاص المحاكم التجارية وذلك في (المطلب الأول)، من ثَمَّ سنبين الدعاوى المتعلقة بالأعمال الخاضعة لاختصاص المحاكم التجارية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الدعاوى المتعلقة بالأشخاص الخاضعين لاختصاص المحاكم التجارية

عدَّدت المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية الأشخاص الخاضعين لاختصاص المحاكم التجارية، وبيَّنت أن المحاكم التجارية تختص بالنظر في جميع المنازعات التجارية التي تحدث بين التجار والدعاوى التي تقام عليهم بسبب أعمالهم التجارية الأصلية والتبعية، ودعاوى الإفلاس والحجر على المفلسين ورفعه عنهم، والدعاوى المتعلقة بالشركات والنزاعات التي تحدث بين الشركاء في الشركات.

يتضح مما سبق أنه توجد طائفتان من الأشخاص الخاضعين لاختصاص المحاكم التجارية هم: الأشخاص الطبيعيون، والأشخاص الاعتباريون.

الفرع الأول: الدعاوى المتعلقة بالأشخاص الطبيعيين

الأشخاص الطبيعيين الخاضعين لاختصاص المحاكم التجارية حسب نص المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية هم: التجار والشركاء في الشركة، والمفلسون.

أولًا: الدعاوى المتعلقة بالتجار.

قبل الخوض بالدعاوى المتعلقة بالتجار لا بد من بيان من هو التاجر، من ثَمَّ نبين الدعاوى التي ترفع على التاجر.

١ - المفهوم القانوني للتاجر:

عرَّفت المادة الأولى من نظام المحكمة التجارية التاجر على أنه: "من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها مهنة له"، وأوضحت هذه المادة الشروط الواجب توافرها بالشخص لاكتساب صفة التاجر، وهذه الشروط هي:

أ. **الاشتغال بالأعمال التجارية:** فحتى يكتسب الشخص صفة التاجر لا بد له من ممارسة الأعمال التجارية، وهذه الأعمال قد نصَّت عليها المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية.

ب. **اتخاذ التاجر الأعمال التجارية مهنة له:** لا يكفي لاكتساب الشخص صفة التاجر ممارسة الأعمال التجارية بل يجب عليه احتراف هذا العمل، وحتى يعتبر الشخص محترفًا للعمل التجاري لا بد أن تتوافر فيه الشروط التالية:

١. **التكرار:** حتى يحترف الشخص العمل التجاري يجب عليه تكرار العمل التجاري، فلا بد أن يمارسه بشكل دائم ومستمر، أما إذا مارسه بشكلٍ عرضي أو بشكلٍ متقطع فلا يتحقق هذا الشرط، وبالتالي لا

يكتسب صفة التاجر[١].

٢. **الارتزاق:** حتى يكتسب الشخص صفة التاجر لا بد أن يكون العمل التجاري الذي يمارسه هو المصدر الرئيس لرزقه، فإذا كان ما يجنيه منه يعتبر دخلًا إضافيًّا أو ثانويًّا فلا يتحقق شرط الاحتراف، وبالتالي لا يكتسب الشخص صفة التاجر[٢].

ج. **الأهلية التجارية:** حتى يكتسب الشخص صفة التاجر يجب أن يكون كامل الأهلية، بمعنى أن يكون بالغًا عاقلًا راشدًا، وهذا ما أكدته المادة (٤) من نظام المحكمة التجارية، فنصَّت على أن: "كل من كان رشيدًا أو بلغ سن الرشد فله الحق أن يتعاطى مهنة التجارة بأنواعها"، وسن الرشد في المملكة العربية السعودية حدد بسن (١٨) هجريًّا[٣].

د. **ممارسة الشخص العمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص:** حتى يكتسب الشخص صفة التاجر فيجب عليه ممارسة العمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص، فإذا قام الشخص بالعمل التجاري باسم شخص آخر فلا يعتبر محترفًا للعمل التجاري، كذلك إذا مارس الشخص العمل التجاري لحساب شخص آخر وليس لحسابه فلا يكتسب صفة التاجر

---

(١) الرحاحلة، محمد سعد، الخالدي، إيناس خلف ١٤٣٦هـ شرح القانون التجاري السعودي. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص (٦٦)؛ الغامدي، عبد الهادي محمد ١٤٣٨هـ القانون التجاري السعودي. ط. (٢)، مكتبة الشقري، الرياض، ص (٩٢).

(٢) الرحاحلة، محمد سعد، الخالدي، إيناس خلف، مرجع سابق، ص (٦٩)؛ العصيمي، منصور بن زيد، مرجع سابق، ص (٤٣).

(٣) قرار مجلس الشورى رقم (١١٤) بالصادر بتاريخ ٥/ ١١/ ١٣٧٤هـ، الغامدي، عبد الهادي محمد، مرجع سابق، (ص١٠١).

فهؤلاء لا يعتبرون تجارًا بل وكلاء أو موظفين حسب الحالة(١).

إذا تحققت هذه الشروط في الشخص اكتسب صفة التاجر بغض النظر عما إذا كان من الأشخاص المرخص لهم بمزاولة العمل التجاري أم لا، كالموظفين الحكوميين وغيرهم، وهذا ما أقره المبدأ الذي وضعته هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم الذي نصَّ على أن: "وصف العمل بأنه تجاري لا يتوقف على صدور ترخيص من الجهة المختصة بمزاولة مهنة التجارة، وإنما العبرة في ذلك هي باحتراف التجارة، وتوافر شروط اكتساب الصفة التجارية في حق من يزاولها، فمتى تحققت هذه الشروط أصبح العمل تجاريًّا، وخضع من يزاوله للأحكام المنظمة للأعمال التجارية التي تختص الدوائر التجارية بديوان المظالم بتطبيقها بغض النظر عما إذا كان المحترف للتجارة قد توافرت في حقه الأسباب المبيحة لمزاولة التجارة، أم أنه ما زال ممنوعًا عنها، وفي الحالة الأخيرة يظل مسؤولًا عن مخالفته للأحكام التي تحظر عليه مزاولة التجارة، ويخضع للعقوبات المقررة في هذا الصدد"(٢).

كذلك أكد هذا المبدأ القرار الصادر من هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم الذي نص على أن: "الحظر النظامي المفروض على الموظفين الحكوميين بعدم مزاولة الأعمال التجارية لا يحول في ذاته ولا يمنع من اكتساب صفة التاجر للفرد الذي يشتغل في الأعمال التجارية ويزاولها"(٣).

(١) الرحاحلة، محمد سعد، الخالدي، إيناس خلف، مرجع سابق، ص (٧٥).
(٢) قرار هيئة التدقيق التجاري بديوان المظالم رقم (٢٠٧/ ت/ ٤) لعام ١٤٠٩هـ.
(٣) قرار هيئة التدقيق التجاري بديوان المظالم رقم (١٦٨/ ت/ ٤) لعام ١٤١٣هـ.

وهذا ما تم إقراره بالقرار الصادر من المجلس الأعلى للقضاء[1] حيث نصَّ على أن: "حصول الشخص على ترخيص بمزاولة التجارة أو العمل التجاري لا يضفي عليه صفة التاجر، وعدم وجوده لا ينفي عنه صفة التاجر، وأن المرجع في تحديد صفة التاجر هو المادة الأولى من نظام المحكمة التجارية فقط، فالترخيص بمزاولة التجارة أو العمل التجاري لا يؤثر وجوده أو عدمه في إثبات صفة التاجر أو نفيها"[2].

٢- الدعاوى التي ترفع ضد التاجر

أخضعت الفقرة (أ) من المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية النزاعات المتعلقة بالتجار لاختصاص المحاكم التجارية، فوفقًا لهذه الفقرة تختص المحاكم التجارية بالنظر في جميع الدعاوى التجارية التي تحدث بين التجار فيما بينهم سواء كانت أصلية أو تبعية، وهذا ما بيناه سابقًا عند دراسة الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية[3].

كما تختص المحاكم التجارية بالنظر في الدعاوى المقامة ضد التاجر في الأعمال المتعلقة بأعماله التجارية الأصلية أو التبعية، سواء كانت ناشئة عن مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية، باستثناء الدعاوى التي تدخل في اختصاص المحكمة العامة مثل الدعاوى المتعلقة بالعقار، والدعاوى الناشئة عن حوادث

(١) البند (أولًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

(٢) البند (أولًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

(٣) انظر في الأعلى (ثانيًا: الشروط الواجب توافرها في الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية).



السير[(١)]، ففي حال ارتكاب التاجر مخالفة مرورية ناتجة عن عمل يتعلق بتجارته، كأن تحرر مخالفة على وسيلة النقل التي يستخدمها لنقل سلعته، فهذه المخالفة ليست من اختصاص المحاكم التجارية بالرغم من تعلقها بأعمال التاجر وبسبب عمل تجاري، فلا تخضع لاختصاص المحاكم التجارية؛ وذلك لأنها مستثناة بنصٍ خاص.

ثانيًا: الدعاوى الناشئة عن النزاعات بين الشركاء في الشركة

أخضعت الفقرة (ج) من المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية النزاعات الناشئة بين الشركاء في الشركة لاختصاص المحاكم التجارية، وجاء النص عامًّا ليشمل جميع أنواع الشركات، سواء كانت تجارية أو غير تجارية، وهذا ما أكده قرار المجلس الأعلى للقضاء القاضي بأن المحاكم التجارية تختص بالنظر في المنازعات التي تنشأ بين الشركاء في جميع أنواع الشركات سواء كانت شركات تجارية، أو مدنية، أو مهنية، أو المساة في الفقه، وحتى ولو كانت ذات نشاط عقاري[(٢)]، فتختص بالنظر في النزاعات الناشئة بين الشركاء في الشركات العقارية إذا كان غرض الشركة المضاربة أو الاستثمار ونحوهما في العقار دون تحديد عقار معين، أما إذا كان محل النزاع عقارًا معينًا فلا تختص المحاكم التجارية بالنظر فيه لاعتباره مساهمة في عقار[(٣)].

---

(١) البند (سابعًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) الصادر بتاريخ ١٢/٢/١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

(٢) البند (تاسعًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء (رقم (٩٧٩/ت) بتاريخ ١٢/٢/١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

(٣) البند (الحادي عشر) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) بتاريخ ١٢/٢/١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية



كما تختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بالتركات المتعلقة بالشركات، وذلك في حال تعلق المنازعة بعقد الشركة سواء كانت بين الورثة، أو مع بقية الشركاء أو الشركة، كطلب تصفيتها أو محاسبة المدير أو الحراسة القضائية، ونحو ذلك[1].

ثالثًا: الدعاوى الناشئة عن الإفلاس والحجر على المفلسين والدعاوى التي ترفع عليهم

عرَّفت المادة الأولى من نظام الإفلاس الجديد **المفلس** على أنه: "مدين استغرقت ديونه جميع أصوله"[2]، وقد بيَّنت المادة السابقة أن المقصود بالمحكمة الوارد ذكرها في نظام الإفلاس هي: المحكمة التجارية، وقد ورد اختصاص المحكمة التجارية في الكثير من مواد نظام الإفلاس الجديد[3].

كما نصَّت الفقرة (هـ) من المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية صراحة على إخضاع دعاوى الإفلاس والحجر على المفلسين والدعاوى التي ترفع عليهم لاختصاص المحاكم التجارية.

---

(١) البند (الثاني عشر) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

(٢) المادة الأولى من نظام الإفلاس الصادر بالمرسوم الملكي السامي رقم (م/ ٥٠) بتاريخ ٢٨/ ٥/ ١٤٣٩هـ.

(٣) على سبيل المثال: نصت المادة (١٣) من نظام الإفلاس الجديد على أن تقديم طلب التسوية الواقية من الإفلاس يكون أمام المحكمة التجارية، فهي المختصة بالنظر في إجراءات التسوية الواقية من الإفلاس، ونصت المادة (٤٣) من نظام الإفلاس الجديد على أن المحكمة التجارية هي المختصة بالنظر بطلب افتتاح إجراء إعادة التنظيم المالي، وكذلك نصت المادة (٩٢) على أن المحكمة التجارية هي المختصة بالنظر بطلب افتتاح إجراء التصفية، وأعطت كذلك الفقرة (٤) من المادة (٤) من نظام الإفلاس الجديد الاختصاص للمحكمة التجارية للنظر في الدعاوى الناشئة عن قرار الجهة المختصة بتنظيم نشاط الكيان المنظم والرقابة والإشراف عليه.

بناءً على ما سبق، يتضح أن جميع ما يتعلق بالإفلاس كالتسوية الواقية منه وإعادة التنظيم المالي ونحوه، هو من اختصاص المحكمة التجارية.

الفرع الثاني: الدعاوى المتعلقة بالأشخاص الاعتباريين

الأشخاص الاعتباريون الخاضعون لاختصاص المحاكم التجارية حسب نص المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية هم: الشركات التجارية، والشركات المدنية في حال قيامها بعمل تجاري.

أولًا: الدعاوى المتعلقة بالشركات التجارية.

عرَّفت المادة (٢) من نظام الشركات الجديد الشركة التجارية على أنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل أو منهما معًا لاقتسام ما ينشأ من هذا المشروع من ربح أو خسارة"[(١)]، وبيَّنت المادة (٣) من نظام الشركات الأشكال التي يجب أن تتخذها الشركات التجارية التي تؤسس في المملكة العربية السعودية، وذلك بشكلٍ حصري على النحو الآتي:

أ - شركة التضامن.

ب- شركة التوصية البسيطة.

ج- شركة المحاصة.

د - شركة المساهمة.

---

(١) المادة (٢) من نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣) بتاريخ ٢٨/ ١/ ١٤٣٧هـ وبقرار مجلس الوزراء رقم (٣٠) بتاريخ ٢٧/ ١/ ١٤٣٧هـ.



هـ - الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

ونصَّت الفقرة الثانية من المادة السابقة على بطلان الشركة التي لا تتخذ إحدى الأشكال السابقة، فيجب على الشركات التجارية المؤسسة في المملكة أن تتخذ إحدى هذه الأشكال وإلا تعتبر باطلة.

وقد أخضعت الفقرة (د) من المادة (٣٥) جميع النزاعات الناشئة عن الأنظمة التجارية لاختصاص المحاكم التجارية، وقد بيَّن المجلس الأعلى للقضاء أن نظام الشركات يعتبر من الأنظمة المقصودة في هذه الفقرة، فنصَّ على أنه: "من الأنظمة التجارية المشار إليها في الفقرة (د) من المادة الخامسة والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية نظام الشركات، ونظام الوكالات التجارية، ونظام السجل التجاري، ونظام المحكمة التجارية، ونظام البيانات التجارية، ونظام الرهن التجاري"(١). كما بيَّن المجلس في قرار آخر أن المحاكم التجارية مختصة بالنظر في المنازعات والدعاوى المتعلقة بنظام الشركات مهما كانت قيمة المطالبة فيها(٢).

وقد نصَّت المادة (٢٢٣) من نظام الشركات الجديد على أن: "تنظر الجهة القضائية المختصة في جميع الدعاوى المدنية والجزائية الناشئة من تطبيق أحكام النظام وتوقيع الجزاءات المقررة لمخالفة أحكامهم".

فهذه المواد وقرارات المجلس الأعلى للقضاء السابق ذكرها تعطي الاختصاص للمحكمة التجارية بالنظر في جميع الدعاوى المدنية والجزائية الناشئة من تطبيق

---

(١) البند (الثالث عشر) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) الصادر بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

(٢) البند خامسًا من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٦٧/ ت) الصادر بتاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ.

أحكام نظام الشركات، وهي المختصة بتوقيع الجزاءات المقررة لمخالفة أحكام نظام الشركات.

ثانيًا: الدعاوى المتعلقة بالشركات المدنية

أخضع المجلس الأعلى للقضاء الأعمال التجارية التي تمارسها الشركات المدنية لاختصاص المحاكم التجارية[١]، فجميع الأعمال التجارية التي تقوم بها الشركات المدنية تكون خاضعة لاختصاص المحكمة التجارية، أما الأعمال المدنية التي تقوم بها تلك الشركات فلا تخضع لاختصاصها، وتكتسب الشركة المدنية صفة التاجر بشكلٍ مؤقت عند ممارستها للعمل التجاري وفي حدود ذلك العمل، لذلك النزاعات الناشئة عن هذه الأعمال تكون من اختصاص المحاكم التجارية[٢]، فالدعاوى التي ترفع ضدها بمناسبة عملٍ تجاري تكون خاضعة لاختصاص المحاكم التجارية، أما الدعاوى التي ترفع ضدها بسبب عملٍ مدني فلا تخضع لاختصاصها.

---

(١) البند (ثامنًا) قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ ت) الصادر بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية، حيث نص على أنه: "في حال قيام الشركة بمزاولة عمل تجاري فإنها تكتسب صفة التاجر في حدود ذلك العمل، وبالتالي تقام الدعوى عليها إذا كانت متعلقة بذلك العمل لدى المحاكم التجارية، ومن ذلك قيام المستشفى بمزاولة نشاط توريد أدوية لأجل بيعها على الغير، أو قيام الشركات الزراعية باستيراد البذور من أجل بيعها على الغير، فالدعاوى المقامة على المستشفى أو الشركة الزراعية بشأن هذه التعامل من اختصاص المحاكم التجارية".

(٢) البند (ثامنًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ ت) بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية، حيث نص على أنه: "في حال قيام الشركة بمزاولة عمل تجاري فإنها تكتسب صفة التاجر في حدود ذلك العمل، وبالتالي تقام الدعوى عليها إذا كانت متعلقة بذلك العمل لدى المحاكم التجارية، ومن ذلك قيام المستشفى بمزاولة نشاط توريد أدوية لأجل بيعها على الغير، أو قيام الشركات الزراعية باستيراد البذور من أجل بيعها على الغير، فالدعاوى المقامة على المستشفى أو الشركة الزراعية بشأن هذه التعامل من اختصاص المحاكم التجارية".

وتختص المحاكم التجارية بالنظر في فساد أو بطلان جميع أنواع الشركات، حتى الشركات المدنية (سواء كانت شركات فقهية مؤسسة وفقًا للفقه الإسلامي، أو شركات مهنية)، فتفصل المحاكم التجارية في موضوع بطلانها بحيث تنهي النزاع بين الطرفين [١].

المطلب الثاني: الدعاوى المتعلقة بالأعمال الخاضعة لاختصاص المحاكم التجارية

نصَّت المادة الخامسة والثلاثون من نظام المرافعات الشرعية على أن المحاكم التجارية تختص بالنظر في جميع المنازعات التجارية الأصلية والتبعية التي تحدث بين التجار[٢]، وفي جميع الدعاوى والمخالفات المتعلقة بالأنظمة التجارية[٣]، لذلك يقسم شراح القانون الأعمال التجارية إلى قسمين هما: الأعمال التجارية الأصلية[٤] (التي تنقسم إلى: أعمال تجارية منفردة وأعمال تجارية بطريق المقاولة)

---

(١) البند (تاسعًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) بتاريخ ١٢/٢/١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

(٢) الفقرة (أ) من نظام المرافعات الشرعية.

(٣) أوقف قرار المجلس الأعلى للقضاء، بشكلٍ مؤقت، اختصاص المحاكم التجارية في النظر في المخالفات المتعلقة بالأنظمة التجارية المنصوص عليها في الفقرة (د) من المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية ()، وذلك إلى حين أن يعتمد المجلس آلية نقل الاختصاص إلى المحاكم والدوائر التجارية، في هذه المرحلة يكون الاختصاص منعقدًا للقضاء العام (المحاكم الجزائية واللجان ذات العلاقة) انظر: قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٦٧/ت) بتاريخ ١/١/١٤٣٩هـ، بما تم إقراره في الجلسة الرابعة للمجلس رقم (١٤٩/٤/٣٨) وتاريخ ١٨/١١/١٤٣٨هـ. والبند الرابع عشر من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) الصادر بتاريخ ١٢/٢/١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية؛ البند (ثانيًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (١٤٩/٤/٣٨) بتاريخ ١٨/١١/١٤٣٨هـ.

(٤) هي الأعمال التي نص المنظم على تجاريتها صراحة في نص المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية، وقد =

والأعمال التجارية بالتبعية، وهنالك أعمال تجارية مختلطة تنشأ بين التاجر عند ممارسته عمل تجاري وبين شخص مدني[1].

لذلك سندرس في هذا المطلب: الدعاوى المتعلقة بالأعمال التجارية المنفردة في (الفرع الأول)، والدعاوى المتعلقة بالأعمال التجارية بطريق المقاولة في (الفرع الثاني)، والدعاوى المتعلقة بالأعمال التجارية بالتبعية والأعمال المختلطة في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الدعاوى المتعلقة بالأعمال التجارية المنفردة

الأعمال التجارية المنفردة: هي الأعمال التي يعتبرها المنظم تجارية ولو وقعت لمرة واحدة[2]، وبصرف النظر عن صفة القائم بها سواء كان تاجرًا أو غير تاجر لا يحترف العمل التجاري[3]، وقد عرَّفت هيئة الخبراء بمجلس الوزراء الأعمال التجارية المنفردة على أنها: "هي تلك الأعمال التي تعتبر تجارية ولو وقعت منفردة

= عرَّفت هيئة الخبراء بمجلس الوزراء الأعمال التجارية الأصلية على أنها: "الأعمال التي نص نظام المحكمة التجارية على تجاريتها صراحة، أو اعتبرت كذلك بطريق القياس"، انظر: القرار رقم (١١٦) الصادر من هيئة الخبراء بمجلس الوزراء بتاريخ ٤/ ٤/ ١٤٢٥هـ.

(١) دويدار، هاني محمد، ١٩٩٥م القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول، نظرية الأعمال التجارية – نظرية التاجر – التزامات التاجر القانونية – المؤسسات التجارية – الشركات التجارية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان (ص٦١)؛ طه، مصطفى كمال، ١٩٨٨م القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، (ص٦٩)؛ البارودي، علي ١٩٩٠م القانون التجاري: الأعمال التجارية والتجار – الشركات التجارية – القطاع العام – المنشأة التجارية، منشأة المعارف، القاهرة، (ص٥٣)؛ القليوبي، سميحة، مرجع سابق. (ص١٠٤).

(٢) منصور، أنور مطاوع، ٢٠١٧م القانون التجاري السعودي، الأعمال التجارية والتاجر والشركات التجارية والأوراق التجارية وعمليات البنوك، مكتبة المتنبي، الرياض. ص (١٢).

(٣) الغامدي، عبد الهادي محمد، مرجع سابق، (ص٥٦).



ومن شخص لا يحترف القيام بها بغض النظر عن صفته سواء كان تاجرًا أو غير تاجر، وهذه المجموعة من الأعمال تشمل: الشراء لأجل البيع، والأوراق التجارية، وأعمال الصيرفة والبنوك والسمسرة، وأعمال التجارية البحرية، وقد أضفت المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية الصفة التجارية على تلك الأعمال في الفقرات (أ)، (ج)، (هـ)"[١]، فالدعاوى المتعلقة بالأعمال التجارية المنفردة هي:

أولًا: الدعاوى المتعلقة بعملية الشراء لأجل البيع

قد ترد عملية الشراء لأجل البيع على منقول، وقد ترد على عقار، وقد يكون النزاع الناشئ عن هذه العملية خاضعًا لاختصاص المحكمة التجارية، وقد لا يكون، لذلك سنبين متى تخضع عملية الشراء لأجل البيع لاختصاص المحاكم التجارية ومتى لا تكون، وذلك عندما تكون عملية الشراء واقعة على منقول وعلى العقار.

أ. شراء منقول من أجل إعادة بيعه:

نصَّت الفقرة (أ) من المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية على اعتبار عملية "شراء بضاعة لأجل بيعها" من الأعمال التجارية. فحتى يعتبر العمل عملًا تجاريًّا لا بد أن يكون هنالك شراء، وأن يرد الشراء على بضاعة (منقول)، وأن يكون القصد من ذلك إعادة البيع، فهذه العناصر الثلاثة هي التي تضفي على النشاط الصفة التجارية، فإذا كانت هنالك عملية شراء منقول من أجل إعادة بيعه، وتمت هذه العملية بين تاجرين، وحصل نزاع، فهذا النزاع يخضع لاختصاص المحاكم

---

(١) القرار رقم (١١٦) الصادر من هيئة الخبراء بمجلس الوزراء بتاريخ ٤/ ٤/ ١٤٢٥هـ وذلك بمحضر اجتماع اللجنة المكونة من مندوبين من وزارة العدل، ووزارة التجارة والصناعة، وديوان المظالم، وخبراء من هيئة الخبراء بشأن بيان القضايا التجارية الأصلية من القضايا التجارية التبعية.

التجارية، وإذا تخلف عنصر من العناصر الثلاثة فلا يخضع النزاع لاختصاص المحاكم التجارية، فلو قام مدني بشراء منقول من مدني من أجل إعادة بيعه، وحصل نزاع بينهما فلا تختص المحكمة التجارية بالنظر بهذا النزاع، وذلك لأن نص المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية لم يعقد الاختصاص للمحاكم التجارية بالنظر في النزاعات التي تنشأ بين المدنيين حتى ولو كان الأمر متعلقًا بشراء منقول من أجل إعادة بيعه.

ب. شراء عقار من أجل إعادة بيعه أو إيجاره:

تنص المادة (٣) من نظام المحكمة التجارية على عدم تجارية الأعمال المتعلقة بالعقار في حال بيع مالك العقار عقاره أو شراء أحد عقارًا لا لبيعها ولا لإجارتها بل للاستعمال، وكان عجز هذه المادة ينص على أن "دعاوى العقارات وإيجاراتها لا تعد من الأعمال التجارية" إلا أنه تم إلغاؤه بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) بتاريخ (٢٢/ ٠١/ ١٤٣٥هـ)، وبذلك تعد دعاوى العقارات وإيجاراتها من الأعمال التجارية، فإذا تمت عملية شراء عقار من أجل إعادة بيعه أو تأجيره فتكون عملية الشراء من الأعمال التجارية الخاضعة لاختصاص المحكمة التجارية، أما إذا كان شراء العقار لغير إعادة بيعه أو تأجيره فتكون عملية الشراء من الأعمال المدنية الخارجة عن اختصاص المحاكم التجارية.

وقد أخرج القرار الصادر من المجلس الأعلى للقضاء من اختصاص المحاكم التجارية النزاعات الناشئة عن العقار إذا كان النزاع متعلقًا بالملكية، أو حقًّا متصلًا به، أو دعوى الضرر من العقار نفسه أو من المنتفعين به، أو دعوى قيام المنافع أو الإخلاء أو دفع الأجرة أو المساهمة فيه، أو دعوى منع التعرض لحيازته أو استرداده ونحو ذلك، حتى ولو كان طرفا النزاع تاجرين والدعوى بسبب

أعمالها التجارية الأصلية أو التبعية، أو كان المدعى عليه تاجرًا والدعوى بسبب أعماله التجارية الأصلية أو التبعية، والمحكمة المختصة في هذه الحالة هي المحكمة العامة(1).

نستخلص مما سبق، أن الأصل في جميع الدعاوى العقارية هي من اختصاص المحاكم العامة باستثناء شراء العقار من أجل إعادة بيعه أو إيجاره فيكون النزاع الناشئ عنه من اختصاص المحاكم التجارية، ما عدا ذلك فجميع الدعاوى العقارية هي من اختصاص المحاكم العامة، وهذا بموجب نص المادة (٣١) من نظام المرافعات الشرعية ونص المادة (٣) من نظام المحكمة التجارية، فكل دعوى متعلقة بحق متصل بملكية العقار، أو دعوى متعلقة بالضرر من العقار نفسه، أو دعوى متعلقة بالضرر من المنتفعين بالعقار، أو دعوى متعلقة بقيام المنافع، أو دعوى متعلقة بالإخلاء، أو دعوى متعلقة بدفع الأجرة، أو دعوى متعلقة بالمساهمة في العقار، أو دعوى متعلقة بمنع التعرض لحيازة العقار، أو دعوى متعلقة باسترداد العقار، أو الدعوى المتعلقة ببيع مالك العقار عقاره، أو الدعوى المتعلقة بشراء شخص عقار لاستعماله الشخصي، جميعها من اختصاص المحاكم العامة بصرف النظر عما إذا كان المتداعين فيها تجارًا أو غير تجار، وبغض النظر عما إذا كان النزاع ناشئًا عن عمل تجاري أصلي أو تبعي أو عن عمل مدني.

---

(١) البند (ثالثًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

ثانيًا: الدعاوى المتعلقة بالأعمال التجارية البحرية.

تنص الفقرة (هـ) من المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية على تجارية كل عمل يتعلق بالسفن التجارية أو الشراعية من حيث: إنشائها، إصلاحها، وبيعها وشرائها في الداخل أو الخارج، وكل ما يتعلق باستئجارها أو تأجيرها، وببيع أو ابتياع آلاتها وأدواتها ولوازمها، وأجرة عمالها ورواتب ملاحيها وخدمها[١]، فجميع عقود الضمانات المتعلقة بها، وكل إقراض أو استقراض بحري يجري على السفينة أو شحنها، وجميع المقاولات المتعلقة بسائر أمور التجارة البحرية، جميع هذه الأعمال تعتبر من الأعمال التجارية الأصلية المنفردة، وبالتالي فإن جميع النزاعات الناشئة عن هذه الأعمال تخضع لاختصاص المحاكم التجارية[٢].

ثالثًا: الدعاوى المتعلقة بالنزاعات الناشئة عن الأوراق التجارية.

في البداية كان الفصل في منازعات الأوراق التجارية من اختصاص لجنة الفصل في منازعات الأوراق التجارية، ومع صدور نظام التنفيذ أصبحت الأوراق التجارية سندًا تنفيذيًّا يتم تنفيذه مباشرة لدى قاضي التنفيذ[٣]، فإذا تم تنفيذها فلا محل لاختصاص المحكمة التجارية، أما إذا تم الطعن بها، فينظر قاضي التنفيذ الطعن، فإذا كان متعلقًا بشكل الورقة التجارية فينظر في النزاع ويفصل

(١) الفقرة (هـ) من المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية.
(٢) دويدار، هاني محمد، مرجع سابق. (ص٧١)؛ القليوبي، سميحة، مرجع سابق ص (١٣١).
(٣) الفقرة (٤) من المادة (٩) من نظام التنفيذ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٣) بتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ.

فيه[1]، ولكن يمكنه تحويله إلى المحكمة التجارية للفصل فيه[2]، أما إذا كان الطعن متعلقًا بموضوع الورقة التجارية فلا يحق لقاضي التنفيذ النظر فيه، بل يجب تحويله إلى قاضي الموضوع[3]، وقاضي الموضوع في هذه الحالة يختلف حسب موضوع النزاع، فإذا كان النزاع متعلقًا بأصل الحق المنشأ للورقة التجارية فتكون المحكمة العامة هي المختصة[4]، وإذا كان موضوع النزاع متعلقًا بذات الورقة التجارية فتكون المحكمة التجارية هي المختصة بالنظر في النزاع، وذلك تطبيقًا لنص الفقرة (د) من المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية والتي تنص على أن تختص المحاكم التجارية بالنظر في جميع الدعاوى المتعلقة بالأنظمة التجارية، وما نظام الأوراق التجارية إلا واحدًا من هذه الأنظمة.

رابعًا: الأعمال المصرفية وأعمال البنوك.

تعتبر الأعمال المصرفية وأعمال البنوك من الأعمال التجارية الأصلية، لكنها لا تخضع لاختصاص المحاكم التجارية بل تخضع لاختصاص لجنة المنازعات

---

(١) نصت الفقرة (١) من المادة (٣) من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ على أن "كل منازعة متعلقة بالتحقق من توافر الشروط النظامية الشكلية للسند التنفيذي فهي من اختصاص قاضي التنفيذ، كادعاء تزوير السند أو إنكار التوقيع عليه".

(٢) نصت الفقرة (٤) من المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ على أنه: "لا يمنع تخلف أحد الشروط اللازمة لصحة الورقة التجارية من معاملتها وفق المادة (الخامسة عشرة) من النظام".

(٣) نصت الفقرة (٤) من المادة (٣) من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ على أن "كل منازعة متعلقة بموضوع الحق فهي من اختصاص قاضي الموضوع".

(٤) قررت اللجنة القانونية أن: "الفصل في الخلاف حول العلاقة الأصلية بين المدعي والمدعى عليه يخرج عن اختصاص لجان الأوراق التجارية". القرار رقم (٢٠) لسنة ١٤٠٥هـ بتاريخ ١١/ ٣/ ١٤٠٥هـ مجموعة المبادئ (١/ ٢٨٣)، منقول عن الحاشية رقم (١) قرمان، عبد الرحمن، ٢٠١٦م، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية الواقية منه، الرياض: مكتبة العالم العربي، ٢٠١٦م، ط ٥، ص (٢٥).

المصرفية[١]، والأصل أنه مع مباشرة المحاكم التجارية أعمالها في (١/ ١/ ١٤٣٩هـ) أن ينتقل اختصاص النظر في المنازعات المتعلقة بهذه الأعمال من اختصاص لجنة المنازعات المصرفية إلى المحاكم التجارية، إلا أن البند (تاسعًا) من آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء وديوان المظالم نصَّ على أن تنتقل اختصاصات اللجان شبه القضائية التي تنظر المنازعات التجارية إلى المحاكم التجارية (القضاء العام)، مع عدم الإخلال باختصاصات اللجان المستثناة المنصوص عليها في الفقرة (٢) من القسم الثالث (أحكام عامة) من هذه الآلية[٢]، ولجنة المنازعات المصرفية هي لجنة من اللجان المستثناة من انتقال اختصاصاتها إلى المحاكم التجارية، فيجب على المجلس الأعلى أن يبت في اختصاصها؛ إما أن تبقى الأعمال المصرفية من ضمن اختصاصها، أو تنقل اختصاصها إلى المحاكم التجارية.

---

(١) أنشئت لجنة تسوية المنازعات المصرفية بموجب الأمر السامي رقم (٨/٧٢٩) الصادر بتاريخ ١٠/ ٧/ ١٤٠٧هـ، وعدِّل اسمها إلى (لجنة المنازعات المصرفية) بموجب الأمر الملكي الكريم رقم (٣٧٤٤١) الصادر بتاريخ ١١/ ٨/ ١٤٣٣هـ، وتختص هذه اللجنة بالنظر في المنازعات الناشئة بين البنوك وعملائها من أجل تسوية الخلافات التي تنتج بينهم وفقًا للعقد الموقع بينهم. كما تختص بالفصل في المنازعات المصرفية الأصلية، والتبعية، وبما لا يتعارض مع اختصاصات الجهات القضائية الأخرى.

(٢) تنص الفقرة (٢) من القسم الثالث من آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء وديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ على أن: "يقوم المجلس الأعلى للقضاء بعد مباشرته مهماته بإجراء دراسة شاملة لوضع اللجان المستثناة (البنوك، والسوق المالية، والقضايا الجمركية) المشار إليها في البند عاشرًا من الترتيبات التنظيمية لأجهزة القضاء وفض المنازعات ورفع ما يتم الوصل إليه خلال مدة لا تتجاوز سنة لاستكمال الإجراءات النظامية.



الفرع الثاني: الأعمال التجارية بطريق المقاولة.

الأعمال التجارية بطريق المقاولة هي: "الأعمال التي لا تعد تجارية إلا إذا تمت مباشرتها على سبيل الاحتراف أو المقاولة، وقد استقر الرأي على أن لفظ (المقاولة) يتطلب تكرار القيام بهذه الأعمال على نحوٍ متصل ومعتاد"(١)، فلا يعتبر العمل من الأعمال التجارية بطريق المقاولة إلا إذا تمت ممارسته من قبل تاجر وعلى سبيل الاحتراف، وحتى يكون كذلك يجب أن يكون هنالك تنظيم مسبق وخطة مرسومة للعمل، وأن يكون هنالك رأس مال وأدوات وآلات وعمال يضارب على عملهم، وأن يكون هنالك تكرار للعمل التجاري من قبل التاجر بشكلٍ مستمرٍ ومتصلٍ وبشكلٍ اعتيادي، فهذه العناصر هي التي تجعل من العمل عملاً تجاريًّا بطريق المقاولة، فإذا قام التاجر بالعمل التجاري على هذا النحو يعتبر عمله من الأعمال التجارية بطريق المقاولة، أما إذا قام به شخصٌ غير تاجر فلا يعتبر عمله من الأعمال التجارية، أو إذا قام به تاجر لكن بدون احتراف، أي: بدون

(١) تم تعريف الأعمال التجارية بطريق المقاولة بالقرار رقم (١١٦) الصادر من هيئة الخبراء بمجلس الوزراء بتاريخ ٤/ ٤/ ١٤٢٥هـ وذلك بمحضر اجتماع اللجنة المكونة من مندوبين من وزارة العدل، ووزارة التجارة والصناعة، وديوان المظالم، وخبراء من هيئة الخبراء بشأن بيان القضايا التجارية الأصلية من القضايا التجارية التبعية.

وقد جاء تعريفها كالتالي: "الأعمال التجارية بطريق المقاولة: هي الأعمال التي لا تعد تجارية إلا إذا تمت مباشرتها على سبيل الاحتراف أو المقاولة، وقد استقر الرأي على أن لفظ (المقاولة) يتطلب تكرار القيام بهذه الأعمال على نحو متصل ومعتاد، وقد عدَّد نظام المحكمة التجارية المقاولات التي تعتبر تجارية في الفقرتين (ب، د) من نظام المحكمة التجارية، فذكرت الفقرة (ب) مقاولة التوريد، ومقاولة الوكالة بالعمولة، ومقاولة النقل، ومقاولة محلات ومكاتب الأعمال، ومقاولة البيع بالمزاد العلني، أما الفقرة (د) فقد نصت على مقاولة إنشاء المباني".

تكرار أو استمرار واتصال، فلو قام به لمرة واحدة، أو بشكلٍ عرضي فلا يعتبر عمله من الأعمال التجارية[1].

أولًا: الدعاوى المتعلقة بمقاولة الصناعة[2].

حتى تكون أعمال الصناعة من الأعمال التجارية لا بد أن تمارس على شكل مشروع[3]، فالذي يفرق بين صاحب المصنع (أو صاحب الصناعة) والحرفي هو ممارسة العمل على شكل مشروع، فصاحب المصنع يمارس عمله على شكل مشروع على خلاف الحرفي[4] الذي يعمل بنفسه في صنع الشيء أو إصلاحه، فهو لا يضارب على عمل الغير، فالعمل الذي يمارسه هو مصدر رزقه الأساس، لذلك لا يدخل عمله من ضمن الأعمال التجارية[5]، فإذا تم تكييف العمل على أنه من الأعمال الصناعية فيدخل من ضمن اختصاص المحاكم التجارية، أما إذا كُيّف على أنه عملٌ حرفي فلا يدخل من ضمن اختصاص المحاكم التجارية بل يعتبر عملًا مدنيًّا خاضعًا لاختصاص المحكمة العامة.

وقد يكون هنالك تمازج بين الصناعة والزراعة، فهل يعتبر العمل من الأعمال

(١) سميحة القليوبي، مرجع سابق. ص (١٠٦).

(٢) تعرف الصناعة على أنها: "تحويل المواد الأولية إلى سلع نصف مصنوعة أو سلع كاملة الصنع تصلح لإشباع حاجات الأفراد"، للمزيد راجع: القليوبي، سميحة، مرجع سابق. ص (١٠٦).

(٣) ويعرّف المشروع على أنه "تكرار العمل استنادًا إلى تنظيم سابق وخطة موضوعة"، انظر: دويدار، هاني محمد، مرجع سابق. ص (٨٥).

(٤) وقد يختلط مفهوم الحرفي مع مفهوم العامل: فالحرفي ليس بعامل بالرغم من أنه يمارس عمله بيده إلا أنه لا يوجد علاقة تابعية بينه وبين من يعمل لصالحه، على عكس العامل الذي يكون تابعًا لصاحب العمل.

(٥) القليوبي، سميحة، مرجع سابق. ص (١٣٨).

التجارية أم من الأعمال المدنية؟ في هذه الحالة يجب النظر إلى النشاط الرئيس: فإذا كان العمل الرئيس هو العمل الصناعي، والعمل الزراعي هو العمل الثانوي، فنكون أمام عمل تجاري خاضع لاختصاص المحاكم التجارية، أما إذا كان النشاط الرئيس هو العمل الزراعي، والعمل الصناعي هو العمل الثانوي، فيكون العمل عملًا مدنيًّا خاضعًا لاختصاص المحكمة العامة(١).

ثانيًا: الدعاوى المتعلقة بمقاولة إنشاء المباني

يقصد بمقاولات إنشاء المباني جميع الأعمال المتعلقة بإنشاء العقارات من: بناء، وهدم وحفر، وترميم، وتجميل سواء بالطلاء أو بغيره، كما يعتبر إنشاء الجسور والأنفاق من ضمن مقاولات إنشاء المباني، فحتى تعتبر هذه الأعمال من الأعمال التجارية بطريق المقاولة يشترط فيها أن تمارس على شكل مشروع، بغض النظر عما إذا كان المقاول متعهدًا بتوريد المؤن والأدوات أم لا، فإذا مورست على شكل مشروع فتدخل من ضمن اختصاصات المحاكم التجارية، أما إذا لم تمارس على شكل مشروع بل بشكلٍ منفرد فتعتبر من الأعمال الحرفية، وبالتالي لا تعتبر من الأعمال التجارية بطريق المقاولة، ولا تدخل من ضمن اختصاصات المحاكم التجارية بل من ضمن اختصاصات المحكمة العامة(٢).

وحسب قرار المجلس الأعلى للقضاء ينعقد الاختصاص للمحاكم التجارية بدعاوى مقاولات إنشاء المباني في الحالات التالية:

---

(١) طه، مصطفى كمال، مرجع سابق. (ص٦٩)؛ البارودي، علي، مرجع سابق. ص (٥٣).

(٢) البند (رابعًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) الصادر بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

"أ. إذا كان طرفا النزاع مقاولين.

ب. إذا كان المدعى عليه هو المقاول.

ج. إذا كان الطرف الآخر المتعاقد مع المقاول تاجرًا، وأبرم العقد لأعماله التجارية الأصلية أو التبعية، سواء كان مالكًا للعقار أم لا، وأيًا كان المدعي أو المدعى عليه في هذه الحالة"(١).

ويخرج من اختصاص المحاكم التجارية دعاوى مقاولات إنشاء البناء سواء كان المقاول متعهدًا بتوريد المؤن والأدوات أم لا في الحالات التالية:

أ- إذا كان المدعي هو المقاول، وكان المدعى عليه ليس تاجرًا.

ب- إذا كان المدعى عليه تاجرًا، ولكن لم يبرم عقد المقاولة لأعماله التجارية الأصلية أو التبعية(٢).

ثالثًا: الدعاوى المتعلقة بمقاولة التوريد(٣).

تعتبر مقاولة التوريد من الأعمال التجارية بطريق المقاولة، لذلك يجب أن تمارس على شكل مشروع، بمعنى أن يقوم بعملية التوريد تاجرٌ محترفٌ، وأن يقوم بها بشكلٍ منتظم ومستمر، ففي هذه الحالة يعتبر عمله من الأعمال التجارية الخاضعة لاختصاص المحاكم التجارية، أما إذا قام بها شخصٌ غير محترف، أو قام

---

(١) البند (رابعًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) الصادر بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

(٢) البند (رابعًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) الصادر بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

(٣) يعرف التوريد على أنه "تعهد شخص بتسليم كميات من السلع والمنتجات بصفة دورية ومنتظمة خلال مدة زمنية معينة لشخص آخر مقابل مبلغ مالي". انظر: القليوبي، سميحة، مرجع سابق. (ص٩٠).

بها بشكل عرضي فتعتبر من الأعمال المدنية الخاضعة لاختصاص المحكمة العامة[1].

والسؤال الذي يطرح هنا: ماذا لو كان التوريد واردًا على عقار، فهل يعتبر العمل عملًا تجاريًّا أم مدنيًّا؟

أجاب على ذلك قرار المجلس الأعلى للقضاء الذي اعتبر عملية التوريد من الأعمال التجارية الخاضعة لاختصاص المحاكم التجارية حتى ولو كانت واردةً على عمل عقاري[2]، وأنه يسري على الدعاوى المتعلقة بالتوريد ما ذكر في الدعاوى المتعلقة بمقاولات إنشاء المباني، فلا يؤثر في الاختصاص كون محل التوريد واردًا على عقارٍ، أو أن أحد الأطراف يملك العقار[3].

رابعًا: الدعاوى المتعلقة بمقاولة الوكالة التجارية.

تعتبر الوكالة التجارية نوعًا من أنواع الوساطة من أجل إتمام الصفقات، والأساس القانوني لها يقوم على النيابة في التعاقد لذلك تعد تصرفًا قانونيًّا، وتختلف عن السمسرة التي تقوم على تقريب وجهات النظر بين الطرفين، لذلك فهي عمل مادي [4].

وللوكالة التجارية عدة صور منها: وكالة العقود، وكالة التوزيع والتمثيل

---

(١) دويدار، هاني محمد، مرجع سابق. (ص٩٠)؛ طه، مصطفى كمال، مرجع سابق (ص٦٩)؛ البارودي، علي، مرجع سابق، ص (٣٤).

(٢) الفقرة (ج) من البند (رابعًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) الصادر بتاريخ(١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

(٣) البند خامسًا من تعميم المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ ت) بتاريخ(١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

(٤) القليوبي، سميحة، مرجع سابق، (ص١٤٢).

التجاري، الوكالة بالعمولة، وجميع هذه الصور تعتبر من الاعمال التجارية بطريق المقاولة، لذلك يجب أن تمارس على شكل مشروع حتى تعتبر من الأعمال التجارية، فإذا مورست بشكل انفرادي أو عرضي فلا تعتبر من الأعمال التجارية.

وقد أكد قرار المجلس الأعلى للقضاء أن نظام الوكالات التجارية يعتبر من الأنظمة التجارية المشار إليها في الفقرة (د) من المادة الخامسة والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية التي تخضع لاختصاص المحاكم التجارية(١).

خامسًا: الدعاوى المتعلقة بأعمال السمسرة.

تعرَّف السمسرة بأنها: "التوسط بين البائع والمشتري"(٢)، وعرَّفت المادة (٣٠) من نظام المحكمة التجارية السمسار على أنه: "من يتوسط بين البائع والمشتري لإتمام البيع بأجرة". فهو يتدخل بين البائع والمشتري كوسيط لإمضاء البيع، ويسمى بالدلال؛ لأنه يدل المشتري على السلع، ويدل البائع على الأثمان(٣).

وقد نصَّت الفقرة (ج) من المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية أن كل عمل يتعلق بأعمال السمسرة يعتبر من الأعمال التجارية(٤)، وبالتالي جميع النزاعات الناشئة عنها تدخل في اختصاص المحاكم التجارية، فهذه الأعمال هي في الأصل

---

(١) البند (الثالث عشر) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) الصادر بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

(٢) الموسوعة الفقهية، (١٤٠٤-١٩٨٣) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج (١٠)، ط (٢)، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت، ص (١٥٢، وقد أحالت الموسوعة التعريف إلى ابن عابدين، ج (٥)، ص (٣٩).

(٣) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق. (ص١٥١).

(٤) تنص الفقرة (ج) من المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية على أن: "يعتبر من الأعمال التجارية كل ما هو آتٍ: كل ما يتعلق بسندات الحوالة بأنواعها أو بالصرافة والدلالة (السمسرة)".

من الأعمال التجارية المنفردة التي إذا عملها شخص، سواء كان تاجرًا أو غير تاجر، تعتبر من الأعمال التجارية، حتى ولو قام بها لمرة واحدة وبشكل عرضي، وهذا ما أخذ به شراح القانون التجاري(١)، واستقر عليه الرأي في محكمة النقض المصرية (٢). إلا أن القضاء التجاري السعودي في الدائرة التجارية بديوان المظالم له رأي مخالف لذلك، فلا يعتبر عمل السمسار من الأعمال التجارية إلا إذا مارسها باحتراف، حيث جاء في حكم للقضاء التجاري في ديوان المظالم أن: "أعمال السمسرة لا تعد عملًا تجاريًّا إلا بالامتهان"(٣)، لذلك إذا لم يمارس السمسار عمله باحتراف فلا يعتبر عمله من الأعمال التجارية، وإذا مارسه على سبيل الاحتراف يعتبر عمله عملًا تجاريًّا بغض النظر عن طبيعة العمل حتى ولو تعلق بعقارٍ، وهذا ما أكده حكم المحكمة العليا القاضي بنقض حكم المحكمة العامة بالرياض والحكم بعدم الاختصاص الولائي للمحكمة العامة بالرياض؛ وذلك لأنه منعقد بقوة النظام للدوائر التجارية بديوان المظالم، على اعتبار أن السمسرة تعد من الأعمال التجارية الأصلية، ولا يؤثر في ذلك إن كانت قد تمت لأجل عقار أو غيره، ففي جميع الأحوال تبقى السمسرة من الأعمال التجارية الأصلية التي تخضع لاختصاص الدوائر التجارية بديوان المظالم (المحاكم

---

(١) القليوبي، سميحة، مرجع سابق، (ص٢١٨)؛ طه، مصطفى كمال، والبارودي، علي، ٢٠٠١م، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس وعمليات البنوك والعقود التجارية، بيروت، (ص٥٣٩).

(٢) الطعن رقم (٤٨٩) لسنة (٢٥) قضائية، بتاريخ ٨/ ١٢/ ١٩٦٠م مجموعة أحكام النقض، السنة ١١، ص (٦٣٥)، انظر: هامش رقم (١) قرمان، عبد الرحمن، ٢٠١٤م، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقًا للأنظمة القانونية في المملكة العربية السعودية، مكتبة العالم العربي، الرياض، المملكة العربية السعودية، (ص٣٧).

(٣) الحكم رقم (١٣٣/ د/ تج/ ٣٢) لعام ١٤٣٢هـ.

التجارية حاليًّا)[١].

وهذا ما أقره قرار المجلس الأعلى للقضاء الذي لا يعترف بتجارية عمل السمسار إلا إذا تم على شكل مقاولة أي باحتراف، بغض النظر عن صفة العمل حتى ولو ورد على عمل من الأعمال العقارية، لذلك جاء في قرار المجلس الأعلى للقضاء أن المحاكم التجارية تختص بالدعاوى الناشئة عن السمسرة سواء في العقار أو غيره، وذلك في الحالات التالية:

أ. إذا كان كلا المتداعيين ممن يمتهن السمسرة:

فإذا كان المدعي سمسارًا محترفًا، والمدعى عليه سمسارًا محترفًا فتختص المحكمة التجارية في الفصل في النزاعات التي قد تنشأ بينهما.

ب. إذا كان المدعى عليه ممن يمتهن السمسرة:

إذا كان المدعى عليه محترفًا للسمسرة، والمدعي إما أن يكون سمسارًا لا يمتهن السمسرة، أو قد يكون عميلًا للسمسار ففي هذه الحالة ينعقد الاختصاص للمحاكم التجارية، أما إذا كان المدعى عليه سمسارًا لكنه لا يحترف السمسرة فلا تختص المحاكم التجارية بالنظر في النزاع[٢].

ج - إذا كان المدعي هو السمسار غير المتهن للسمسرة، وكان المدعى عليه تاجرًا، والعقد لأعماله التجارية الأصلية أو التبعية فتختص المحكمة التجارية

(١) حكم المحكمة العليا رقم (٤٥/ ٣/ ٣) الصادر بتاريخ ١٧/ ٠٨/ ١٤٣٦هـ.

(٢) البند (سادسًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ ت) بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.



بالنظر في النزاع، وما هذا إلا تطبيق لنظرية الأعمال المختلطة[١].

سادسًا: الدعاوى المتعلقة بمقاولة الخدمات والمحلات والمكاتب التجارية.

يمكننا تعريف مقاولة الخدمات والمحلات والمكاتب التجارية بأنها كل عمل يحترفه الشخص، ويقدمه كخدمة للغير بمقابل، فتشمل جميع أنواع الخدمات التي تُقدم للجمهور، وهذه الأعمال لم يسردها المنظم؛ لصعوبة حصرها ولظهور أنواع جديدة من تلك الخدمات بين الفينة والأخرى، ومن هذه المكاتب: مكاتب الاستقدام والتوظيف، مكاتب الخدمات السياحية، وغيرها، وحتى يعتبر عمل هذه المكاتب من الأعمال التجارية يجب أن تمارس على شكل مشروع، وإلا فلا يعتبر هذا العمل من الأعمال التجارية، فإذا قام بها الشخص بشكل فردي أو عرضي فتعتبر من الأعمال المدنية[٢].

سابعًا: الدعاوى المتعلقة بمقاولة النقل.

يعرَّف النقل على أنه "تغيير مكان إنسان أو شيء"[٣]، ولا يرد النقل إلا على المنقولات، فلا يرد على العقارات، وقد يكون داخليًّا، أي: داخل حدود دولة ما، وقد يكون دوليًّا بحيث يتعدى حدود دولة ما، وللنقل عدة أشكال: البري والبحري والجوي[٤].

وجميع مشاريع النقل تعتبر تجارية مهما كان شكلها ومهما كانت وسيلة النقل

---

(١) البند (سادسًا) من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

(٢) القليوبي، سميحة، مرجع سابق. ص (١٥٧)؛ دويدار، هاني محمد، مرجع سابق. (ص١٠٤).

(٣) دويدار، هاني محمد، مرجع سابق. (ص٩٩).

(٤) المرجع السابق. (ص٩٩).



المستخدمة فيها، وبغض النظر عن وجهة النقل المراد النقل إليها، سواء كانت داخلية أو دولية، لكن بشرط أن تمارس على شكل مشروع، فإذا توافرت هذه الشروط يعتبر العمل عملًا تجاريًّا بطريق المقاولة، ويكون خاضعًا لاختصاص المحاكم التجارية، أما إذا قام بها الشخص بشكل منفرد أو عرضي فيعتبر عمله عملًا مدنيًّا خاضعًا لاختصاص المحكمة العامة، لذلك لا يعتبر عمل سائق سيارة الأجرة من قبيل الأعمال التجارية، وذلك لعدم ممارسته لها على شكل مشروع، لكن لو أنه اشترى مجموعة من السيارات وقام بتشغيلها من قبل أشخاص آخرين فيعتبر عمله في هذه الحالة من الأعمال التجارية لاتخاذه شكل مشروع(١).

سابعًا: الدعاوى المتعلقة بمقاولة محلات البيع بالمزاد العلني.

محلات البيع بالمزاد العلني هي عبارة عن محلات متخصصة في بيع المنقولات بواسطة المزاد العلني نظير أجر على ذلك، ويعتبرها البعض على أنها نوع من أنواع أعمال المحلات والمكاتب التجارية(٢)؛ وذلك لأنها تقدم خدمة للغير بمقابل، وحتى يعتبر عمل هذه المحلات تجاريًّا يجب أن يمارس على شكل مشروع، وإلا فيعتبر العمل عملًا مدنيًّا خاضعًا لاختصاص المحكمة العامة(٣).

الفرع الثالث: الدعاوى المتعلقة بالأعمال التجارية بالتبعية والأعمال المختلطة.

سنبين في هذا الفرع المحكمة المختصة بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالأعمال التجارية بالتبعية، التي هي في الأصل من الأعمال المدنية، والمحكمة المختصة بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالأعمال المختلطة التي هي أعمال تجارية بالنسبة

---

(١) القليوبي، سميحة، مرجع سابق. (ص١٤١).

(٢) القليوبي، سميحة، مرجع سابق. (ص١٥٨)؛ دويدار، هاني محمد، مرجع سابق. (ص١٠٤).

(٣) القليوبي، سميحة، مرجع سابق. ص (١٥٨)؛ دويدار، هاني محمد، مرجع سابق. ص (١٠٤).

للتاجر وأعمال مدنية بالنسبة لغير التاجر.

أولًا: المحكمة المختصة بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالأعمال التجارية بالتبعية:

عرَّف قرار المجلس الأعلى للقضاء الأعمال التجارية التبعية على أنها: "كل عمل غير تجاري بطبيعته، لكنه يكتسب الصفة التجارية لصدوره من تاجر لغرض تجارته"(١)، فهي مجموعة الأعمال التي يمارسها التاجر لخدمة تجارته، ولا يهدف منها ممارسة التجارة، فهي أعمال في الأصل مدنية، ولكن أضفي عليها الصفة التجارية وأصبحت تجارية لصدورها من تاجر لخدمة تجارته، وليس من أجل الاتجار بها، لذلك سميت بالأعمال التجارية التبعية(٢).

وقد نصَّت الفقرة (أ) من المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية صراحة على اختصاص المحاكم التجارية بالأعمال التجارية بالتبعية(٣)، كما اعتبر مجلس الوزراء هذه الأعمال من الأعمال التجارية، وأدخلها في اختصاص القضاء التجاري بديوان المظالم(٤)، وقد بيَّن قرار المجلس الأعلى للقضاء أن المحاكم التجارية هي المختصة بالنظر في النزاعات الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية، فالدعاوى التي تقام ضد التاجر بسبب هذه الأعمال هي من اختصاص المحاكم التجارية(٥).

---

(١) طه، مصطفى كمال، مرجع سابق. (ص٦٩)؛ البارودي، علي، مرجع سابق. (ص٥٣).

(٢) دويدار، هاني محمد، مرجع سابق. (ص٦١).

(٣) نصت الفقرة (أ) من المادة (٣٥) على أن تختص المحاكم التجارية بالنظر في جميع المنازعات التجارية الأصلية والتبعية التي تحدث بين التجار.

(٤) قرار مجلس الوزراء رقم (٢٦١) الصادر بتاريخ ١٧/ ١١/ ١٤٢٣هـ.

(٥) تعميم المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) بتاريخ ١٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

ثانيًا: المحكمة المختصة بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالأعمال المختلطة.

هي الأعمال التي تعتبر تجارية بالنسبة لأحد أطرافها، ومدنية بالنسبة للطرف الآخر(1)، فهي ليست نوعًا جديدًا من أنواع الأعمال التجارية، فإما أن تكون أحد أنواع الأعمال التجارية الأصلية أو التبعية بالنسبة لأحد الأطراف، وعملًا مدنيًا بالنسبة للطرف الآخر(2)، كأن يشتري شخص مدني سلعةً من تاجر بغرض استهلاكها، فهذا العمل يعتبر بالنسبة للتاجر تجاريًّا، وبالنسبة للمدني مدنيًّا، أو أن يشتري تاجر من تاجر آخر سلعة ليس من أجل إعادة بيعها، ولكن من أجل استهلاكها، فالعمل بالنسبة للأول مدني وللثاني تجاري.

والإشكالية لا تبرز إذا كان العمل بين تاجرين من أجل تجارتهما، فالعمل بالنسبة لهما يعدُّ تجاريًّا محضًا من اختصاص المحكمة التجارية، ولا تبرز أيضًا إذا كان العمل مدنيًّا بالنسبة للطرفين، فتكون المحكمة العامة هي المختصة، وإنما تبرز الإشكالية عندما يكون العمل بالنسبة لأحد الأطراف تجاريًّا وبالنسبة للطرف الآخر مدنيًّا فما هي المحكمة المختصة بذلك؟

يتم تحديد اختصاص المحاكم التجارية والمحاكم العامة فيما يخص الأعمال التجارية المختلطة كما يلي:

- إذا كان المدعي التاجر والمدعى عليه الشخص المدني (غير التاجر) فتكون المحكمة العامة هي المحكمة المختصة(3).

---

(1) القليوبي، سميحة، مرجع سابق. (ص١٠٦)؛ دويدار، هاني محمد، مرجع سابق. (ص٦١)؛ طه، مصطفى كمال، مرجع سابق. (ص٦٩)؛ البارودي، علي، مرجع سابق. ص.

(2) الجبر، محمد حسن، ١٩٩٦م القانون التجاري السعودي، ط ٤، الرياض، بدون دار نشر، ص (٩١).

(3) المرجع الساق. (ص٩٣).



- إذا كان المدعي الشخص المدني (غير التاجر) والمدعى عليه التاجر فتكون المحكمة التجارية هي المختصة، وذلك حسب نص الفقرة (أ) من المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية التي أعطت الاختصاص للمحكمة التجارية في جميع الدعاوى التي ترفع ضد التاجر سواء كانت بسبب عمل تجاري أصلي أو تبعي، ولم تعطِ الخيار للمدعي المدني بأن يرفعها أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة العامة، وقد وضحنا ذلك في السابق[١].

(١) انظر في الأعلى (ثانيًا: الشروط الواجب توافرها في الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية).

الخاتمة

بيَّنا في هذا البحث ما تم استحداثه في الاختصاص القضائي للمحاكم التجارية وفقًا لأنظمة المملكة العربية السعودية، وظهرت لنا النتائج والتوصيات التالية:

النتائج:

بيَّنا في هذا البحث أبرز التطورات التي حصلت في الاختصاص القضائي التجاري التي كان من أهمها:

إنشاء محاكم تجارية وسلخ جميع دوائر القضاء التجاري من ديوان المظالم ونقلها إلى المحاكم التجارية، وما تبع ذلك من تعديل في بعض الأنظمة لمواكبة هذا التطور، فبيَّنا التعديلات التي حصلت جراء تفعيل المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية التي كان تطبيقها مرتبطًا بمباشرة المحاكم التجارية أعمالها، فبيَّنا جميع التعديلات التي حدثت جراء ذلك خاصة ما جرى تعديله في المادة الثانية والثالثة من نظام المحكمة التجارية، وذلك فيما يتعلق بانتقال صفة بعض الأعمال من تجارية إلى مدنية وبالتالي انتقال الاختصاص من المحكمة العامة إلى المحكمة التجارية كبعض الأعمال العقارية وأعمال السمسرة، والتوريد، كذلك فيما يتعلق بإخضاع بعض الأشخاص لاختصاص المحاكم التجارية، وبيَّنا أن هنالك ثلاثة أنواع للاختصاص القضائي للمحاكم التجارية: الاختصاص المكاني، الاختصاص النوعي، والاختصاص الولائي، وبيَّنا الحل المتبع عند حدوث تنازع في الاختصاص القضائي بين المحاكم.

وخلصنا إلى التوصيات التالية:

١. نأمل من المشرع أن يعدل نص المادة (٢٢) من نظام القضاء، ويبين تشكيل المحاكم التجارية وفقًا لما جاء في قرارات وتعاميم المجلس الأعلى للقضاء(١).

٢. نأمل من المنظم أن يحدد ما جاء في نص الفقرتين (د) و(هـ) من المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية وفقًا للقرارات والتعاميم التي أصدرها المجلس الأعلى للقضاء بشأن الأشخاص الخاضعين لاختصاص المحاكم التجارية وإدراجها من ضمن شروحات المادة (٣٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية.

٣. نأمل من المنظم أن يحدد ما جاء في نص الفقرتين (أ) و(ب) من المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية وفقًا للقرارات والتعاميم التي أصدرها المجلس الأعلى للقضاء بشأن الأعمال الخاضعة لاختصاص المحاكم التجارية وإدراجها من ضمن شروحات المادة (٣٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية.

٤. نأمل من المنظم أن يعدل نص المادة (٢٧) من نظام القضاء فيما يتعلق بتنازع الاختصاص القضائي وإدراج ما جاء في تعميم المجلس الأعلى للقضاء فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية(٢).

---

(١) البند الخامس من قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٦٧/ت) الصادر بتاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ، وبها تم إقراره في الجلسة الرابعة للمجلس رقم (١٤٩/ ٤/ ٣٨) وتاريخ ١٨/ ١١/ ١٤٣٨هـ؛ وكذلك قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٢٠١/ ٥/ ٢٩) الصادر بتاريخ ٢٤/ ٢/ ١٤٣٩هـ.

(٢) البند الخامس عشر من تعميم المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) بتاريخ ٢/ ٢/ ١٤٣٩هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية.

المراجع

المراجع العربية

١) آل خنين، عبد الله، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، دار ابن فرحون، الرياض.

٢) البارودي، علي (١٩٩٠م) القانون التجاري: الأعمال التجارية والتجار - الشركات التجارية - القطاع العام - المنشأة التجارية، منشأة المعارف، القاهرة.

٣) توفيق، عبد العزيز، (١٩٩٥م)، شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، ج١، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

٤) الجبر، محمد حسن، (١٩٩٦م) القانون التجاري السعودي، ط٤، الرياض، بدون دار نشر، ص. ٩٣.

٥) دويدار، هاني محمد، (١٩٩٥م) القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول، نظرية الأعمال التجارية - نظرية التاجر - التزامات التاجر القانونية - المؤسسات التجارية - الشركات التجارية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.

٦) الرحاحلة، محمد سعد والخالدي، إيناس خلف (١٤٣٦هـ) شرح القانون التجاري السعودي. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

٧) الطالب، عبد الكريم الطالب، (٢٠٠٩م) "الشرح العملي لقانون



المسطرة المدنية"، ط ٥، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش.

٨) طه، مصطفى كمال، والبارودي، علي، (٢٠٠١م) القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس وعمليات البنوك والعقود التجارية، بيروت.

٩) طه، مصطفى كمال، (١٩٨٨م) القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت.

١٠) العبودي، عباس، (٢٠٠٩م) شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

١١) العصيمي، منصور بن زيد، (٢٠١٥م - ١٤٣٦هـ) اختصاصات المحكمة التجارية في نظامي القضاء والمرافعات الشرعية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، الرياض، المملكة العربية السعودية.

١٢) الغامدي، عبد الهادي محمد، (١٤٣٨هـ) القانون التجاري السعودي. ط. ٢، مكتبة الشقري، الرياض.

١٣) قرمان، عبد الرحمن، (٢٠١٦م) الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية الواقية منه، (الرياض: مكتبة العالم العربي، ٢٠١٦م) ط ٥.

١٤) قرمان، عبد الرحمن، (٢٠١٤م) العقود التجارية وعمليات البنوك طبقًا للأنظمة القانونية في المملكة العربي السعودية، مكتبة العالم العربي، الرياض، المملكة العربية السعودية.

١٥) القليوبي، سميحة (٢٠٠٧) الوسيط في شرح القانون التجاري المصري،

الجزء الأول، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية.

١٦) منصور، أنور مطاوع، (٢٠١٧م) القانون التجاري السعودي، الأعمال التجارية والتاجر والشركات التجارية والأوراق التجارية وعمليات البنوك، مكتبة المتنبي، الرياض.

١٧) الموسوعة الفقهية، (١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج ١٠، ط ٢، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت.

المراجع الأجنبية

18) Bot (Y.). (1985.). "Les institutions judiciaires: organisation et fonctionnement", Paris, éd. Berger - Levrault.

19) Croze (H.). (2001). "Le retour (de la compétence matérielle) des tribunaux de commerce", Procédures, 2001, n° 6.

20) Croze (H.). (2009) "Contentieux des sociétés commerciales, revue Procédures", n° 12, décembre 2009, commentaire n° 411, p. 19-20, note à propos de Com. - 27 octobre 2009.

21) Geisenberger, (1964). "De l'exception d'incompétence d'attribution des tribunaux de commerce ", RTDcom, 1964, 39.

22) Pinsseau (H.). (1985). "L'organisation judiciaire de la France", Paris, La Documentation française.



أوجه تسريع التقاضي

في نظام المرافعات الشرعية السعودي

ولائحته التنفيذية

إعداد

د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آ ل سليمان

أستاذ مشارك في قسم الدراسات الإسلامية والعربية

جامعة الملك فهد للبترول والمعادن



المقدمة

الحمد لله الذي نوَّر بالعلم قلوب المؤمنين، وفقَّه من أحبَّ من عباده في الدين، وجعلهم من ورثة الأنبياء والمرسلين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا وقدوتنا محمد، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن إقامة العدل من المرتكزات الأساسية التي لا يستغني عنها أي مجتمع، ومن أهم عوامل تأثير العدل في المجتمع شعور الناس به، وثقتهم في تطبيقه بالشكل الصحيح، وقناعتهم التامة بأن القضاء هو الملاذ الآمن لنيل الحقوق عند تعذر نيلها بالطرق المعتادة. ومما قد يكدِّر هذه الثقة: إذا حصل تأخر في إصدار الحكم، بحيث ينتج عن ذلك ضررٌ مؤثر على صاحب الحق؛ إذ إن التأخير غير المبرر للبتِّ في القضايا المتنازع عليها ولاسيما الحقوقية منها يقلل من الثقة في اتخاذ القضاء طريقًا لحل الخصومات، ومن ثَمَّ يضطر بعض أصحاب الحقوق للتنازل عن حقوقهم، وربما يبقى بعضهم ناقمين على المجتمع، أو يتخذون أساليب غير شرعية للوصول إلى حقوقهم، وعلى كلا الحالين يكون لذلك أثر سلبي في أمن المجتمع، ولا تخفى أهمية حفظ الأمن؛ إذ ترتكز عليه جميع الضروريات الخمس.

ولا شك أن الحياد والموضوعية في القضاء يستلزمان التثبت والتروي في إصدار الحكم، ومن الطبيعي أن يحتاج ذلك إلى مزيد من الوقت، ولكن هل هناك أسبابٌ للتأخير غيرُ مبررةٍ؟ أو مبررةٌ ولكن يمكن تجاوزها؟ وعلى كلا التقديرين: ما الحلول الفقهية والنظامية التي يمكن أن تسهم في تسريع إصدار الحكم

القضائي العادل؟

هذه الإشكالات وغيرها لم أقف على دراسة فقهية ونظامية وميدانية تعنى بالجواب عنها بشكل مباشر. نعم هناك دراسات في بعض جوانب البحث، ولكنها غير شاملة لجميع الموضوع؛ ومن أبرزها:

١. (صدور الحكم القضائي تعجيلًا وتأجيلًا في الفقه الإسلامي والجانب التطبيقي فيه في نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية) للدكتور عدنان الدقيلان القاضي في محكمة الاستئناف في الدمام. وهو بحث مختصر -١٩ صفحة- منشور في مجلة العدل، العدد (٣٨). وبالمقارنة بينه وبين خطة بحثي يلحظ أنهما متباينان تمامًا؛ حيث انحصر بحثه في تناول أبرز الأمثلة التي نص الفقهاء فيها على جواز التأخير، مع جملة من التطبيقات على نظام المرافعات السعودي. ولكن يلاحظ أن هذه التطبيقات على النظام القديم، وليس الجديد، كما أنها عبارة عن سرد للمواد واللوائح ذات الصلة بالتأجيل أو التعجيل، ولاسيما التي حدد فيها المنظم آجالًا للإجراءات التي تحتاج إلى وقت، وهي ١٧ تطبيقًا.

٢. (البنية التشريعية والقضائية في المملكة)، وهي دراسة تعنى بالجانب الاقتصادي، لهذا قُدمت في الدورة الأولى لمنتدى الرياض الاقتصادي، ومنشورة على موقع المنتدى.

٣. (البيئة العدلية ومتطلبات التنمية)، وهي أيضًا دراسة تعنى بالجانب الاقتصادي، لهذا قُدمت في الدورة الثالثة لمنتدى الرياض الاقتصادي، ومنشورة على موقع المنتدى.

٤. السجل العلمي لبحوث المؤتمر الدولي للقضاء والتحكيم، المحور السادس،

وعنوان المحور: (آفاق تطوير آليات القضاء والتحكيم) والمقام بالمعهد العالي للقضاء بالرياض في ٢٨/ ١٢/ ١٤٣٦هـ. ويلاحظ أن بعض هذه الأبحاث لرصد واقع القضاء في بلد ما؛ مثل بحث: (التجارب الحديثة في تطوير آليات التقاضي في المملكة العربية السعودية)، كما أن البقية في جزئيات محددة، كبحث: (استخدام البريد الإلكتروني في إعلان الأوراق القضائية)، و(تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار)، فضلًا عن كونها جميعا بحوثًا قانونيةً، عدا بحث: (الرقابة على القضاء؛ دراسة فقهية معاصرة).

٥. مبدأ سرعة البت في الدعوى، للدكتور حسين بن عبد العزيز آل الشيخ. وهو ليس بحثًا علميًّا، وإنما حديث موجز - في سبع صفحات - عن مبدأ تسريع الدعوى؛ وجعله في ثلاثة محاور: أدلة ثبوت هذا المبدأ، وشرطه، وما يستثنى منه.

٦. تيسير إجراءات التقاضي والتنفيذ، لماجد بن سليمان الخليفة. وهو كتاب قيم، ولكنه في مسار آخر يختلف عن هذا البحث؛ لأنه لم يتناول أوجه تسريع إنجاز التقاضي، وإنما يهدف إلى إعادة صياغة أهم الأنظمة المتعلقة بالتقاضي والتنفيذ، بشكل مبسط، وترتيبها على هيئة كتاب أكاديمي ميسر؛ حيث نص في المقدمة، على أن كتابه يهدف إلى «تحليل وإعادة صياغة أهم ما ورد في الأنظمة السعودية؛ نظام القضاء وآلية عمله التنفيذية، ونظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية، ونظام التنفيذ، على الهيئة الأكاديمية الموضوعية في التبويب والطرح المقارن بالفقه الشرعي وبآراء شراح القانون»، هذا فضلًا عن كونه مطبوعًا عام ١٤٣٤هـ، بينما نظام المرافعات الشرعية - والذي يمثل المدار الرئيس لهذا البحث - صدر عام ١٤٣٥هـ، أي بعد تأليف الكتاب.



٧. معوقات التقاضي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد بن عبد العزيز بن سعيد، وهو كتاب مطبوع في مجلدين، وأصله رسالة دكتوراه، ولم أطلع عليه إلا بعد الانتهاء من إعداد المادة العلمية، ووجدت أن خطة بحثه ونطاق اهتمامه مختلفة كليًّا عن هذا البحث؛ حيث إنه يركز على المعوقات التي تمنع من اللجوء إلى المحكمة واختيار التقاضي طريقًا لفصل النزاع، بينما يُعدُّ هذا البحث جزءًا من مشروع بحثي لمعالجة التأخر بعد الشروع في رفع الدعوى إلى المحكمة، ومن صور التأخر: ما لو كان ذلك راجعًا إلى ذات الأنظمة الإجرائية، أو عدم تطبيقها وتفعيلها بالشكل الأمثل؛ فما العمل لتلافي هذا التأخير؟

ومن هنا جاءت فكرة كتابة جملة من البحوث - الفقهية والنظامية والميدانية - وأحد البحوث النظامية هذا البحث، الذي بعنوان: **(أوجه تسريع التقاضي في نظام المرافعات الشرعية السعودي ولائحته التنفيذية)**، وقد سبقه بحثان فقهيان، هما: (أحكام تأخير القاضي لحكمه)، و(أحكام تسبب الخصوم في تأخير صدور الحكم القضائي)(١).

---

(١) وهذان البحثان محكمان، وقد نُشرها في مجلة العلوم الشرعية التي تصدرها جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية؛ الأول نُشر في العدد ٤٦ محرم ١٤٣٨هـ، والثاني في العدد ٤٨ رجب ١٤٣٩هـ.

ولهذا البحثِ أهدافٌ؛ أهمها:

١. إبراز المواد واللوائح المفيدة في تسريع التقاضي في نظام المرافعات الشرعية السعودي، وبيان أوجه تفعيلها في التسريع.

٢. إبراز المواد واللوائح التي قد يترتب عليها تأخير في التقاضي في نظام المرافعات الشرعية السعودي، واقتراح بعض الحلول لتفادي ذلك.

٣. الإسهام في حل مشكلة قضائية، وهي تأخر صدور الحكم القضائي؛ باقتراحات وتوصيات تساعد في تطوير آلية التقاضي، بما يختصر الوقت ولا يخل بهدف القضاء، وهو إيصال الحقوق إلى أصحابها.

٤. الإسهام في تعزيز الثقة في اتخاذ القضاء طريقًا لحل الخصومات.

ولتحقيق هذه الأهداف تم وضع **خطة البحث**؛ حيث تم تقسيم البحث إلى: مقدمة، ومبحثين وخاتمة:

المقدمة. (وهي التي بين أيدينا)، وتشمل: أهمية الموضوع، وتساؤلاته، وأهدافه، وخطة البحث، ومنهج دراسته.

المبحث الأول: المواضع المفيدة في تسريع التقاضي في نظام المرافعات الشرعية، وأوجه صلتها بالتسريع.

المبحث الثاني: المواضع التي تحتاج إلى اقتراح بعض الحلول لتفادي جانب التأخير المتوقع في نظام المرافعات الشرعية.

الخاتمة: وفيها نتائج البحث، وتوصياته.

وقد تم توخي المنهج العلمي الآتي:

أولًا: منهج إعداد البحث.

المنهج الذي سلكته هو المنهج الوصفي؛ إذ البحث «يعتمد على تجميع الحقائق والمعلومات، ثم مقارنتها، وتحليلها، وتفسيرها؛ للوصول إلى تعميمات مقبولة»(١).

ثانيًا: منهج صياغة البحث وإجراءاته.

١. كتابة الآيات برسم المصحف، مع بيان اسم السورة ورقم الآية في صلب البحث بين معقوفين [...].

٢. تخريج الأحاديث والآثار: فإن كان الحديث بلفظه في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بتخريجه منهما. وإن لم يكن في أي منهما خرجته من أهم المصادر الأخرى المعتمدة، مع ذكر ما قاله أهل الحديث فيه.

٣. عند الدراسة التحليلية لما يتصل بتسريع التقاضي أو تأخيره في نظام المرافعات الشرعية ولوائحه التنفيذية: أعرض الشاهد من النصوص النظامية، ثم أبيّن وجه صلته بالتسريع أو التأخير، مع اقتراح سبل تفعيل مواضع التسريع في النظام، وسبل تجاوز مواضع التأخير في النظام.

ويحسن التنبيه على أنه تم التعامل مع نظام المرافعات ولائحته التنفيذية الصادرين عام ١٤٣٥هـ بغض النظر عن التعميمات الوزارية التي علقت العمل ببعض المواد واللوائح؛ لأن الشأن في هذا التعليق أنه موقت.

---

(١) أصول البحث العلمي ومناهجه لـ د. أحمد بدر، ص(٢٣٤)؛ أبجديات البحث في العلوم الشرعية لـ د. فريد الأنصاري، ص(٦١) (والنصَ المذكور للأول، بيد أن الثاني استشهد به وعزاه إلى الأول).

٤. قبل ذكر الشاهد من المادة أو اللائحة أشير إلى العنوان الذي تنتميان إليه في نظام المرافعات، وأضع العنوان بين معقوفين [...]، وإذا كان الموضع يشمل أكثر من مادة أو لائحة ولهما عنوانان مختلفان أكتفي بذكر العنوان الأول فقط. والهدف من ذكر العنوان: أن يساعد في التصور المجمل للسياق الذي وردتا فيه، مع التنبيه بأن القارئ إذا كانت صلته بالنظام قليلة؛ فالأنسب له أن يكون نظام المرافعات ولوائحه بين يديه؛ لأنه قد يحتاج أحيانًا إلى قراءة السياق كاملًا؛ لكي تكون الصورة لديه أكثر وضوحًا.

٥. راعيت في البحث التركيز على الجانب النظامي، إلا إذا دعت الحاجة إلى تدعيمه بقواعد فقهية، أو تعليلات عقلية، أو نقول فقهية، فيكون ذلك بشكل مقتضب، وبقدر الحاجة(١).

٦. فيما يتعلق بالنقول: عزوت نصوص العلماء وآراءهم لكتبهم مباشرة، ولم أعز بالواسطة إلا عند تعذر الوقوف على الأصل. وجعلت الإحالة إلى المصدر في حالة النقل منه بالنص بذكر اسمه والجزء والصفحة، وفي حالة النقل بالمعنى تكون الإحالة بذكر ذلك مسبوقًا بكلمة: (انظر...). وإذا تعددت المصادر في الإحالة الواحدة وكانت على درجة متقاربة في توثيق المعلومة: فإن كانت مذهبية رتبتها على حسب الترتيب الزمني للمذاهب الأربعة، ثم رتبت كتب كل مذهب على حسب وفاة المؤلف، وما عدا الكتب المذهبية يكون ترتيبها ابتداءً على حسب وفاة المؤلف. وعند ذكر الإحالة أكتفي بذكر الكتاب والجزء والصفحة، إلا إذا دعت الحاجة إلى ذكر المؤلف؛ كتمييز الكتاب عن غيره، أما

---

(١) ومن أسباب ذلك: إفرادي للجانب الفقهي ببحثين مستقلين، سبق ذكرهما آنفا.



معلومات النشر؛ فقد اكتفيت بذكرها في نهاية البحث عند عرض قائمة المصادر.

وفي ختام هذه المقدمة أحمد الله تعالى وأشكره - كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه - على أن يسر لي إتمام هذا البحث، كما لا يفوتني أن أشكر عمادة البحث العلمي في جامعة الملك فهد للبترول والمعادن على دعمها لهذا البحث، حيث تبنته كجزء من مشروعِ بحثٍ مدعومٍ، رقمه: (AR121001)، والشكر موصول لكل من أسدى لي معروفًا. هذا والله أعلم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه.

توطئة

أولًا: عند وضع خطة العمل في مشروع معالجة أسباب تأخير صدور الحكم القضائي، تَمَّ تقسيمها إلى ثلاثة جوانب؛ فقهي ونظامي وميداني، وهذا البحث خاص بالجانب النظامي، وكان المتبادر إلى الذهن أن تطوير الجوانب النظامية الإجرائية هو أنجع الطرق في معالجة أسباب التأخير؛ وللوصول إلى ذلك من المناسب تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، يتم في أحدها: دراسة مجملة للأنظمة الإجرائية السعودية، وفي الثاني: دراسة مقارنة مع أنظمة إجرائية أخرى إقليمية ودولية؛ لتلمس الجوانب التسريعية في تلك الأنظمة، والتي يمكن الاستفادة منها في اقتراح بعض أوجه التطوير المناسبة للأنظمة الإجرائية السعودية، وفي الثالث: دراسة انتقائية لقضايا تطبيقية في السعودية حصل فيها تأخير غير مبرر لإصدار الحكم القضائي، واستنباط أسباب هذا التأخير، واقتراح الحلول المناسبة لتجاوزها.

وعند البدء في المبحث الأول: تمّ الشروع في القراءة الفاحصة لنظام المرافعات الشرعية والأنظمة الأخرى ذات الصلة، وعند تتبع الممارسات التطبيقية لهذه الأنظمة؛ لاستكشاف الأسباب الإجرائية التي قد ينتج عنها تأخير في التقاضي؛ تولدت قناعة لدى الباحث بأن المنظم أثناء الصياغة كان مستصحبًا لهدف رئيس؛ وهو أن الجوانب الإجرائية يجب أن لا تكون عائقًا في التقاضي، بل على العكس: يجب أن تساهم بفاعلية في التسريع، مما يجعل التحديث الأخير لهذه الأنظمة (في عام ١٤٣٥هـ) هو بحد ذاته من أبرزِ الحلولِ الحديثة المتَّخذةِ لتسريع التقاضي في

المملكة العربية السعودية، وأنه حري بالباحث - في مثل هذه البحوث المختصرة - أن يشيد بها، وأن يصرف جهده عن المقارنة بينها وبين أنظمة دول أخرى، وعن الدراسة الانتقائية لجملة من القضايا التطبيقية - يصرف جهده عن هذين الأمرين - بحيث يركز على المجال الخصب الذي يمكن أن يضيفه هذا البحث، ألا وهو إبراز سبل تفعيل الإجراءات التي وضعها المنظم السعودي لتسريع التقاضي بالشكل الأمثل؛ لأنها بحد ذاتها خير طريق لتسريع التقاضي، والعكس بالعكس، وإذا وردت أنظمة إجرائية - على قلتها - قد يترتب عليها تأخير، فهي في الجملة لتحقيق مصالح أعلى من مفاسد التأخير، ولكن هذا لا يمنع من اقتراح بعض الحلول لتفادي جانب التأخير في هذه الإجراءات أو التقليل منه ما أمكن؛ ولهذا تركز هذا البحث في إبراز أمرين؛ **أحدهما**: أوجه تفعيل الإجراءات التسريعية المنصوص عليها. **والثاني**: أوجه تفادي أضرار التأخير في الإجراءات الأخرى التي هي مظنة التأخير.

ثانيًا: إن أنظمة التقاضي الإجرائية (المتعلقة بإصدار الحكم القضائي) في المملكة العربية السعودية تشمل ثلاثة أنظمة رئيسة؛ هي: (نظام المرافعات الشرعية)، و(نظام الإجراءات الجزائية)، و(نظام المرافعات أمام ديوان المظالم)، والأول هو الأصل؛ إذ يشمل بعمومه جميع القضايا، بينما الثاني والثالث إنما وُضِعَا لبيان ما تحتاجه القضايا الجزائية أو قضايا ديوان المظالم من إجراءات خاصة بنطاقهما فحسب؛ لهذا في الباب الختامي للنظامين الأخيرين[1] أُفردت مادة مستقلة تنص على تطبيق النظام الأول - وهو (نظام المرافعات الشرعية) - فيما لم يرد

---

(١) انظر: المادة (٢١٨) من نظام الإجراءات الجزائية، والمادة (٦٠) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم.

فيه حكم فيهما، وفي ما لا يتعارض مع طبيعتهما (أي: طبيعة القضايا الجزائية في نظام الإجراءات الجزائية، وطبيعة المنازعات الإدارية في نظام المرافعات أمام ديوان المظالم).

كما أن المعنيِّين بالنظامين الثاني والثالث محدودون، مقارنةً بالمعنيين بنظام المرافعات:

- ففي نظام الإجراءات الجزائية: هناك جهة محددة هي المختصة بإقامة الدعوى، وهي النيابة العامة(١)، أما صاحب الحق الخاص؛ فإنما تجوز له إقامة الدعوى الجزائية تبعًا للمدعي العام فحسب(٢)، وهذا يعني أن أحد طرفي النزاع في القضايا الجزائية هي جهة واحدة (إلى حدٍّ كبير)، بل إن ما يزيد على نصف مواد هذا النظام موجهة لضبط عمل هذه الجهة ومتعلقاتها(٣).
- وفي ديوان المظالم: هناك جهة محدّدة مدعى عليها، وهي الإدارات الحكومية؛ لذلك تسمى محاكم الديوان بـ(المحاكم الإدارية)(٤).

وتأسيسًا على ما تقدم؛ فسيتم الاقتصار في هذا البحث على نظام المرافعات الشرعية، ولعلي أتبعها لاحقًا بدراسة مستقلة لأهم المواضع ذات الصلة بالتسريع

---

(١) انظر: المادة (١٥) من نظام الإجراءات الجزائية.

(٢) انظر: المادة (١٦) من نظام الإجراءات الجزائية. حيث أجازت هذه المادة لصاحب الحق الخاص تقديم الدعوى، ولكنها ألزمت المحكمة بإبلاغ المدعي العام بالحضور، وهذا يدل على أنه المدعي الرئيس.

(٣) فمواد هذا النظام (٢٢٢)، والمواد ذات الصلة بالنيابة العامة ومتعلقاتها من الشُّرَطِ ورجال الضبط الجنائي ونحوهم أكثر من (١١٧) مادة (وهي: (١٢-١٧، ٢١، ٢٤-٢٩، ٣١-٤٠، ٤٢-١٢٧، ١٥٦، ١٥٩، ١٧٣-١٧٤، ١٩٢، ١٩٨).

(٤) انظر: نظام ديوان المظالم، المادة (١٣).



أو التأخير في النظامين الآخرين.

والدراسة التحليلية لنظام المرافعات الشرعية تشمل جانبين رئيسين:

١. إبراز النصوص التي تحتاج إلى مجرد تفعيل؛ أو تحتاج إلى اقتراح بعض الأمور التكميلية لاستثمارها في تسريع التقاضي.

٢. اقتراح بعض الحلول لتفادي جانب التأخير المتوقع في بعض النصوص.

وكل واحد منهما في مبحث مستقل.

ورغبة في عدم الإطالة سيتم تجنب المواضع الأقل أهمية، وكذلك التي يمكن أن تدخل في غيرها(١).

---

(١) ومن أمثلتها: المواد واللوائح ذات الحد الأعلى للمهل، فهي كثيرة جدا، وقد تم الاكتفاء بالتعليق على أحد المواضع فقط والاستغناء به عن التعليق على بقية المواد، وأرقام هذه المواد واللوائح: (٢١، ٤٢، ٤٣، ٨٠، ٨٦، ١٠٠، ١٢٨، ١٢٩/١، ١٣١، ١٣٢، ١٣٤، ١٣٦، ١٥١، ١٥٩، ١٦٥/٣، ١٦٥/٤، ١٦٦، ١٧٩/١، ١٨٧، ١٨٨، ١٩٠، ١٩٤، ١٩٥، ٢٠١، ٢٠٧، ٢٠٨/٦، ٢٣٣).

المبحث الأول
المواضع المفيدة في تسريع التقاضي في نظام المرافعات الشرعية، وأوجه صلتها بالتسريع

الموضع الأول [يتبع: الباب الأول: أحكام عامة]:

جاء في المادة ٣، الفقرة ١: «لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط؛ لدفع ضرر محدق، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه».

وجاء في اللائحة ٣/ ١: «تستظهر الدائرة وجود مصلحة للطالب من جلب نفع أو دفع ضرر، وترد ما لا مصلحة فيه، سواءً أكان الطلب أصليًّا أم عارضًا».

وجه الصلة بالتسريع:

الفقرة المذكورة ولائحتها التنفيذية لهما أثر مباشر في التسريع؛ لأنهما سيحجبان كل طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة، وهذا يحتاج إلى الحزم العادل في التطبيق؛ لأن ذلك سيحدّ من إشغال المحاكم بدعاوى المتطفلين، أو الواهمين، أو أصحاب القضايا التافهة التي يرى الأسوياء من الناس أن المصالح المترتبة على إقامتها ليس لها أي اعتبار إذا قورنت بتبعات التقاضي، وأيضًا سيحد من تشتيت الدعاوى، وجرها إلى سماع دفوع لا تربطها بالدعوى أي مصلحة قائمة مشروعة، ومما لا شك فيه أن الوقت الذي سيتم توفيره عند حجب



هذا النوع من القضايا سيرحَّلُ إلى القضايا التي تستحق نظر القاضي، وفي ذلك اختصار لآجال الجلسات، وتصفية لذهن القاضي وأعوانه من النظر في قضايا ستؤول إلى الرد ولابد.

ومما يمكن اقتراحه لتفعيل ذلك فيما يتعلق بحجب الدعاوى التي لا تكون لصاحبها فيها مصلحةٌ قائمةٌ مشروعةٌ أن يكون ذلك بإحدى طريقتين:

الطريقة الأولى: أن تكون هناك دائرة قضائية مختصة، لديها أعوان من الممارسين وأصحاب الخبرة والكفاءة، بحيث يقومون في الحال بفحص صحيفة الدعوى ومرفقاتها؛ للتأكد من مدى تحقق الشرط (وهو أن تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة) - بالإضافة على الشروط والمتطلبات الأخرى؛ كالاختصاص المكاني والنوعي وغير ذلك - ويصدّق على توصيتهم قاضي الدائرة.

الطريقة الثانية: أن يكلف بذلك الموظف المختص بقبول صحيفة الدعوى، بحيث يكون على دراية بالمصلحة القائمة المشروعة التي تخول لصاحبها إقامة الدعوى، - ويضاف إلى ذلك الشروط الأخرى التي في مقدمتها الاختصاص النوعي - وتكون مهمته إرشادية، فإذا لم يقتنع صاحب الدعوى بتوجيه الموظف، أو كانت القضية فيها لبس لدى الموظف المختص، فحينئذٍ تحال إلى القاضي، ويكون من الواجب عليه قبل النظر في الدعوى؛ التأكد من انطباق المادة النظامية ولائحتها على الدعوى، بالإضافة إلى حكمه بأنها داخلة في دائرة اختصاصه أو

لا - وسيأتي الحديث عن الحكم بالاختصاص أو عدمه عند تناول مواد الباب المتعلق بالاختصاص[1][2].

ومما يدعم موقف قاضي الدعوى ويسترعي شد انتباهه: أن المنظم السعودي أعطاه صلاحية إيقاع العقوبة التعزيرية على الرغم من كونه - في الغالب - ليس قاضيا جزائيًا، وهذا خير شاهد على قناعة المنظم بأن إشغالَ المحكمة بدعاوى كيدية أو صورية استغفالٌ ممجوجٌ للمحكمة، فيحتاج إلى عقوبة صارمة وسريعة، حتى لو خرجت من جهة المبدأ عن اختصاص القاضي، فيبقى له مندوحة في الحكم بتعزيره؛ لأن هذا الحكم تابع لدعوى داخلة في اختصاصه؛ ومن القواعد المقررة: أنه «يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها»[3]؛ ولأن إحالة المخالفة إلى المحكمة الجزائية على الرغم من ثبوت وقوعها في أروقة محكمة أخرى قد يضعف هيبة تلك المحكمة، وقد يترتب عليه تفويت العقوبة، أو على أقل تقدير تأخير إيقاعها.

---

(١) وذلك في الموضع الرابع من المبحث الثاني.

(٢) أُحدث في وزارة العدل بالسعودية ما يعرف بـ(الإسناد القضائي)، وهذا رابط الخبر في إحدى الصحف المحلية، وهي صحيفة الرياض: http://www.alriyadh.com/1540240
ولم أجد مصادر علمية موثقة ومكتوبة يمكن الإحالة إليها، ويبدو أنها لا تزال قيد التجربة والتقويم؛ حيث بدأت تجربتها في المحكمة العامة في الرياض، ثم انتقلت إلى المحكمة العامة في الدمام، وبعض المحاكم الأخرى، ولكن مما له تعلق: التعميم رقم (٦٤٩/ت، بتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٦هـ، حيث نص التعميم على أن تُوكل بعض الأعمال الإجرائية لكاتب الضبط، أو الإدارة المختصة، ووُضعت هذه الأعمال على شكل نماذج، وصُدّرت بعنوان: الإسناد القضائي، نماذج الضبط بإجراء (موظف الإسناد)، وهي ثمانية نماذج.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، (١/ ٢٧٦)؛ ولابن نجيم، ص(١٤٨)؛ ترتيب اللآلي، (٢/ ٨٨٩)، قاعدة (١٧٨)؛ وانظر -أيضًا-: القواعد للمقري، (٢/ ٤٣٢)؛ تقرير القواعد لابن رجب، (٣/ ١٥)، و١٦٤).



الموضع الثاني [يتبع: الباب الأول: أحكام عامة]:

جاء في المادة ٣، الفقرة ٢:

«إن ظهر للمحكمة أن الدعوى صورية أو كيدية وجب عليها رفضها، ولها الحكم على من يثبت عليه ذلك بتعزير».

وجاء في اللائحتين ٣/ ٤-٥:

«٣/ ٤ للدائرة تعزير كل من ثبت تواطؤه في الدعوى الصورية أو الكيدية، كالشاهد والخبير ونحوهما.

٣/ ٥ للمتضرر في الدعاوى الصورية أو الدعاوى الكيدية المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر بطلب عارض، أو بدعوى مستقلة لدى الدائرة نفسها، ويخضع الحكم لطرق الاعتراض»(١).

وجه الصلة بالتسريع:

الفقرة المذكورة ولائحتاها التنفيذيتان، وضعت قصدًا - فيما يظهر - للحد من أحد أهم أسباب التأخير، وهو الدعاوى الكيدية أو الصورية؛ فإذا علم أصحاب هذه الدعاوى بالعواقب الوخيمة لهم عند ظهور الحقيقة لدى القاضي - بحيث يستحقون التعزير، والتضمين - فسيكون ذلك رادعًا لهم عن إشغال المحاكم بهذه الدعاوى، وإذا طبقت العقوبات المذكورة على من أقام هذه الدعاوى؛ فسيكون ذلك زجرًا لهم، وردعًا لغيرهم من أن يفعلوا مثل صنيعهم، ولا شك أن الصرامة

---

(١) وانظر: المادة (٨٤) من نظام المرافعات الشرعية، حيث ورد فيها أن من حق المدعى عليه أن يقدم في دعوى عارضة: طلب الحكم له عن ضرر لحقه من الدعوى الأصلية، أو من إجراء فيها.

في تنفيذ ذلك وإعلان عقوبته؛ سيحدان من إشغال المحاكم بقضايا يَعلم أحدُ الأطراف سلفًا أنه غير محقٍّ في دعواه أو دفوعه، وسيوفّر الوقت الذي كان من المفترض أن يُصرف لها، ليُصرف في القضايا الجديدة بنظر القاضي ودراسته لها.

ومما يمكن اقتراحه: أن يكون من صور تطبيق ذلك:

الصورة الأولى: أن يكون هناك مبلغ تأميني يدفعه المدعي في القضايا الحقوقية لإثبات الجدية في الدعوى، والذي يمكن اقتراحه أن يشكل ٥٪ من مبلغ المطالبة، بحيث يعلم المدعي سلفًا أن مصادرة المحكمة لذلك المبلغ هو الحد الأدنى للعقوبة التعزيرية المالية في حقه - إذا ثبت لدى المحكمة أن الدعوى كيدية أو صورية - عقوبةً له على كذبه وإشغاله للمحكمة بدعاوى لا حقيقة لها[١].

وإذا امتنع المدعي عن دفع هذا المبلغ، وليس لديه ما يثبت عجزه أو حرجه الشديد في دفع هذا المبلغ؛ ترتب على ذلك أمران:

الأمر الأول: يعُدُّه القاضي غيرَ واثقٍ في صحة دعواه، ويُعلمه بأن غيرَ الواثقين في صحة دعواهم نصيبُهم من مواعيد الجلسات على الثلث فقط، بينما ثلثا المواعيد لمن أعلنوا عن ثقتهم في صحة دعواهم من خلال دفع التأمين، أو لديهم ما يثبت

(١) تجدر الإشارة بأن هناك رسومًا على ذات التقاضي تستحقها المحكمة في كثير من الدول؛ ومن أمثلة ذلك: أن هذه الرسوم في محاكم الإمارات العربية المتحدة تتراوح ما بين (٣٪ إلى ١٠٪ من قيمة المطالبة في الدعوى، ولها أنظمة تفصيلية خاصة بها.
ولمزيد من التفاصيل يمكن الرجوع إلى المواقع الآتية:
- حكومة أبو ظبي على الرابط الآتي: http://cutt.us/MLxWV
- محاكم دبي على الرابط الآتي: http://cutt.us/X5vzU
- دائرة محاكم رأس الخيمة: http://cutt.us/dbjn3
- وكالة أنباء الإمارات: http://cutt.us/JFX6z

عجزهم أو المشقة الشديدة التي تلحقهم بتأمين هذا المبلغ.

الأمر الثاني: يُلزم بالتوقيع على العلم بأن دفع هذا المبلغ سيمثل الحد الأدنى للتعزير المالي الذي سيلحقه عندما يثبت لدى القاضي بأن دعواه صورية أو كيدية، فضلًا عن صور التعزير الأخرى المحتملة بحسب الأضرار التي نتجت عن كذبه في الدعوى.

وطريقة التعامل مع هذا المبلغ التأميني لا تخرج عن ثلاثة احتمالات:

الاحتمال الأول: أن يثبت لدى القاضي أن الدعوى كيدية أو صورية: فحينئذٍ يحكم القاضي على المدعي بمصادرة ذلك المبلغ؛ عقوبةً له على كذبه وإشغاله للمحكمة بدعاوى لا حقيقة لها، وهذه العقوبة لا تمنع من إيقاع أية عقوبة تعزيرية أخرى، إذا رأى القاضي ذلك.

الاحتمال الثاني: أن يثبت لدى القاضي أن المدعي محق، وأن دفوع المدعى عليه هي الكيدية أو الصورية: فحينئذٍ يحكم القاضي على المدعى عليه بتحمل ذلك المبلغ؛ عقوبةً له على كذبه وإشغاله للمحكمة بدفوع لا حقيقة لها، وأيضًا هذه العقوبة لا تمنع من إيقاع أية عقوبة تعزيرية أخرى، إذا رأى القاضي ذلك.

الاحتمال الثالث: أن لا يثبت لدى القاضي الكيدية في الدعوى، ولا في الدفوع، ولا الصورية فيهما معًا؛ لوجود مبررات لدى الطرفين تجعل الدعوى أو الدفوع محتملة: فحينئذ يحكم القاضي بإعادة مبلغ التأمين إلى المدعي؛ لأن الغرض منه إثبات جدية المدعي في دعواه، وقد تحقق هذا الغرض، كما لا يجب على المدعى عليه تحمل هذا المبلغ؛ لأنه لم يثبت لدى القاضي أنه أشغل المحكمة بدفوع كيدية أو صورية، كان يعلم سلفًا كذبها.

الصورة الثانية: أن يحيل القاضي صاحبَ الدعوى أو الدفوع الكيدية أو صاحبي الدعوى الصورية إلى النيابة العامة للتحقيق معهم، ولا يكون ذلك إلا إذا ارتاب القاضي في تلبّس المدعي أو المدعى عليه بجرائم فيها تضليل للعدالة؛ كالرشوة، أو التزوير، أو أية صورة من صور الخديعة، فإذا اجتمع لدى النيابة أدلة إثبات كافية لإقامة الدعوى أقام مدعيها العام دعوى مستقلة أمام المحكمة الجزائية.

الصورة الثالثة: أن يُعلن في المحكمة - وفي مكان بارز - بأنه من حق المتضرر من الدعوى أو الدفوع الكيدية المطالبةُ بالتعويض عما لحقه من ضرر؛ سواءً أكان ذلك بطلب عارض، أم بدعوى مستقلة أمام الدائرة نفسها، وذلك بموجب اللائحة رقم ٣/ ٥، وبموجب المادة رقم ٨٤، فقرة ب.

الموضع الثالث [يتبع: الباب الأول: أحكام عامة]:

جاء في المادة ٥: «يكون الإجراء باطلًا إذا نص النظام على بطلانه، أو شابه عيبٌ تخلّفَ بسببه الغرض من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان - برغم النص عليه - إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه المادة تكتب بماء الذهب؛ لأنها تعالج عقبة كؤودًا في تسريع التقاضي، بل مشكلة مؤرقة في جميع الأنظمة الإجرائية، ألا وهي مشكلة الحَرْفيَّة لدى كثير من المعنيين بتطبيق هذه الأنظمة، وعدم الالتفات إلى المقصد منها! وتكمن أهميتها في كونها تنزل الأنظمة الإجرائية منزلتها الصحيحة؛ إذ الإجراءات لا تعدو أن تكون وسائل لتحقيق غاياتها فحسب، وعند التعارض فالعبرة بالغاية وليس بالوسيلة.



فمنطوق المادة يدل على أن هناك ثلاث حالات للتقابل بين الإجراء والغرض، والذي يعنينا منها الحالتان الأخيرتان:

الحالة الأولى: إذا نص النظام على بطلان الإجراء، ولم يتعارض بطلان الإجراء مع الغرض: فيبطل الإجراء، وهذا هو الوضع الطبيعي، والحكم الأصلي.

الحالة الثانية: إذا نص النظام على إجراء ما ولكن شابه عيب عند التطبيق في بعض آحاد الصور، تخلف بسببه الغرض من الإجراء: فيكون الإجراء باطلًا حينئذٍ؛ إعمالًا للغرض وتقديمًا له على نص النظام، على الرغم من تصريحه بتصحيح الإجراء.

ومن أمثلة ذلك: إذا اختار المدعي أن يتولى بنفسه مهمة التبليغ عن طريق إرسال صورة التبليغ عبر البريد إلى العنوان الوطني الخاص بالمدعى عليه، والتزم المدعي بما ورد في اللائحة ١١/ ١؛ ونصها: «يُعد تبليغ صاحب الدعوى للمدعى عليه بوساطة العنوان الوطني الخاص به تبليغًا لشخصه، ويتحقق التبليغ بتقديم صاحب الدعوى إفادة من أحد مقدمي خدمة البريد تتضمن إرسال ورقة التبليغ لعنوان المدعى عليه وصحة نسبة العنوان الوطني له»، ولكن أثبت المدعى عليه أنه خارج المملكة، أو أن عنوانه الوطني قد تغيّر، أو أن هذا العنوان لشخص آخر يتوافق معه في الاسم الثلاثي فحسب، أو نحو ذلك؛ فما مدى نفاذ هذا التبليغ؟ يلاحظ أن الغرض من التبليغ إعلام المدعى عليه بالموعد، ولكن هذا الغرض لم يتحقق، على الرغم من أن الإجراءَ صحيحٌ من الناحية الشكلية، فلا عبرة بالإجراء حينئذ؛ لأنه - كما جاء في المادة ٥- : «شابه عيب عند التطبيق... تخلف بسببه الغرض من الإجراء».

ومن الأمثلة المنصوص عليها في اللوائح التنفيذية ولها تعلق بهذه الحالة: ما لو أقامت المرأة دعوى في المسائل الزوجية ونحوها، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٩ بأن لها الخيار بين إقامتها في بلدها أو بلد المدعى عليه، كما نصت المادة على أن المحكمة إذا سمعت دعوى المرأة عليها استخلاف محكمة المدعى عليه للتحقق من توجه الدعوى إليه قبل إلزامها له بالحضور إلى بلد المدعي (المرأة).

هذا مدلول ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ٣٩، ولكن يرد عليه إشكال؛ وهو أن الدعوى قد تكون من الوضوح بمكان، بحيث يظهر للدائرة توجهها للمدعى عليه دون سماع رأيه في الدعوى، وهذا يجعل إجراءَ الاستخلاف تحصيلَ حاصلٍ، وعبئًا إضافيًّا يزيد أمد الدعوى بلا فائدة؛ فما فائدة الإلزام بالاستخلاف حينئذٍ؟!

وقد أتى الجواب الشافي في اللائحة ٣٩/ ٢، ونصها: «إذا ظهر للدائرة ابتداءً أن الدعاوى الواردة في الفقرة (٢) من هذه المادة متوجهة؛ فتبلغ المدعى عليه بالحضور دون استخلاف». وهذا مثال تطبيقي للمادة التي نحن بصددها (وهي المادة الثالثة)؛ حيث فات الغرض من الإجراء فسقط الإلزام به.

الحالة الثالثة: إذا نص النظام على بطلان إجراء ما، ولكن عند التطبيق في بعض آحاد الصور تمّ العمل بذلك الإجراء الممنوع، ومع ذلك تحقق الغرض منه: فيكون الإجراء صحيحًا حينئذٍ؛ إعمالًا للغرض وتقديمًا له على نص النظام، على الرغم من تصريحه بإبطال الإجراء.



ومن أمثلة ذلك: إذ تم التبليغ بالليل أو في أيام الإجازات الرسمية بدون موافقة من القاضي؛ فقد نصت المادة الثانية عشرة على عدم جواز هذا الإجراء[1]، لكن لو حصل التبليغ بهذه الطريقة الممنوعة، وحضر المدعى عليه في الموعد؛ فهل الحضور معتبر وتترتب عليه آثاره؟ يلاحظ أن الغرض قد تحقق على الرغم من تعارضه مع المادة ١٢، ولكن لكون العبرة بالغرض وليس بذات الإجراء، فإن التبليغ يُعدُّ نافذًا إعمالًا للمادة الخامسة. وهذا المثال بعينه ورد التصريح به في اللائحة ١٢/ ١؛ ونصها: «إذا جرى التبليغ في الأوقات الممنوعة، وحضر المدعى عليه في الموعد المحدد فالتبليغ صحيح؛ لتحقق الغاية وفق المادة الخامسة من هذا النظام».

والحالتان الأخيرتان جُعل تقديرهما في اللائحة التنفيذية للقاضي، ونصها: «٥/ ١ يعود تقدير تحقق الغاية من الإجراء للدائرة».

وبناءً على هذا فالحالتان الأخيرتان تُعدَّان مجالين خصبين لاجتهاد القاضي، واختبارًا دقيقًا لملكته العدلية، بحيث يكون خير قدوة لغيره في تطبيق الأنظمة واللوائح على الوجه الأمثل الذي يحقق العدالة، وفق المنهج العلمي الذي رسمه العلماء في دليل الاستحسان، فمتى ما ترجح لديه أن التطبيق الحرفي لنظام إجرائي ما في بعض الصور سيَخرج عن دائرة المصلحة المرعية؛ لتفويته الغرض من الإجراء: فسيتدخل حينئذٍ بالقدر الكافي لتحقيق الغرض من الإجراء؛ لأنه مهما كانت دقة الأنظمة فالشأن في التطبيق أن تندّ بعض الصور عن نظائرها، مما

---

(١) ونصها: «لا يجوز إجراء أي تبليغ في مكان الإقامة قبل شروق الشمس ولا بعد غروبها، ولا في أيام العطل الرسمية، إلا في حالات الضرورة وبإذن كتابي من القاضي».



يستدعي تخصيصها باجتهاد خاص، يحقق المصلحة المرعية عند صياغة الإجراء.

وحتى يبقى اجتهاد القاضي محل ثقة في استثناء بعض الصور من العمل بالإجراء المنصوص يحتاج إلى تدعيمه بالأدلة:

هناك أدلة كثيرة تدل على مشروعية مراعاة الغرض من الإجراء، وتقديمه على نص الإجراء عند التطبيق، ولكن لا يناسب المقام لذكرها(١)؛ لهذا فسيتم الاكتفاء بدليلين؛ أحدهما نقلي، والآخر عقلي:

الدليل الأول:

ما جاء عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ الله، إِذَا بَعَثْتَنِي أَكُونُ كَالسِّكَّةِ(٢) الْمُحْمَاةِ أَمِ الشَّاهِدُ يَرَى مَا لا يَرَى الْغَائِبُ؟ قَالَ: «الشَّاهِدُ يَرَى مَا لا يَرَى الْغَائِبُ»(٣).

«فقد أمر الرسول ﷺ عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بتنفيذ أمرٍ سياسي، فسأله عن طريقة التنفيذ؛ هل يتقيد بلفظ الأمر تقيدًا حرفيًّا تامًّا، بحيث ينفذ الأمر على أية حال كان الواقع

---

(١) وللتوسع في مدى تأثير المقصد الشرعي في تحقيق المصلحة في العمل بدلالة النص؛ انظر: تعارض دلالة اللفظ والقصد، (٢/ ٧٨٣، ٨٥٢).

(٢) «السِّكَّةُ: حَدِيدَةٌ قَدْ كُتِبَ عَلَيْهَا، يُضْرَبُ عَلَيْهَا الدَّرَاهِمُ، وَهِيَ الْمَنْقُوشَةُ». قاله صاحب اللسان، مادة «سكك»، (١٠/ ٤٤٠).

(٣) أخرجه الإمام أحمد بلفظه، (٢/ ٦٢ ح ٦٢٨)؛ والبخاري في "تاريخه نحوه، (١/ ١٧٧)؛ والبزار في مسنده بزيادة بعض الألفاظ، (٢/ ٢٣٧ ح ٦٣٤)؛ وأبو نعيم في الحلية بنحوه، (٧/ ٩٢). وله شاهدان من حديث ابن عباس وأنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

- قال في مجمع الزوائد (٤/ ٣٢٩): « رَوَاهُ الْبَزَّارُ، وَفِيهِ ابْنُ إِسْحَاقَ، وَهُوَ مُدَلِّسٌ، وَلَكِنَّهُ ثِقَةٌ، وَبَقِيَّةُ رِجَالِهِ ثِقَاتٌ، وَقَدْ أَخْرَجَهُ الضِّيَاءُ فِي أَحَادِيثِهِ الْمُخْتَارَةِ عَلَى الصَّحِيحِ».

- وقد قال عنه محقق المسند ــ (٢/ (٦٣) ــ: «حسن لغيره، رجاله ثقات لكن محمد بن عمر ــ وهو ابن علي بن أبي طالب ــ لم يدرك جده».

الذي سيشاهده، (كالحديدة التي نقشت عليها كتابة محددة، فتحمى لسكّ النقود عليها فحسب، دون أي تغيير في الكتابة المنقوشة). أو يجتهد عند مشاهدة الواقع بما يحقق المصلحة التي يريدها النبي ﷺ ؟ فكان جواب النبي ﷺ: أن عليه الاجتهاد بما يحقق المصلحة. وفي هذا دلالة على أن أوامر النبي ﷺ التي هي وسائل لتنفيذ الأحكام الشرعية تدور مع المصلحة؛ لأنها وسيلة لتحقيق المصلحة فحسب»[(١)].

الدليل الثاني: أن الإجراء ليس مقصودًا لذاته، وإنما هو وسيلة لتحقيق الغرض منه، فإذا لم يتحقق الغرض من الإجراء يكون الانشغال به حينئذٍ عبثًا، إذ ما الفائدة من تضييع الوقت بإجراءات يُعلم سلفًا بأنها لا تحقق غاياتها؟! بل إنه إذا لم يُعلم تخلف الغرض إلا بعد الانتهاء من الإجراء؛ فليس من الحكمة التوقف عند تلك الوسيلة العاطبة، والجمود عندها! بل على القاضي إعمال ذهنه في وسيلة أخرى تحقق الغرض.

وقد صاغ العلماء مضمون هذا الدليل العقلي في ثلاثة أصناف من القواعد؛ إذ الوسيلة التي تخلف مقصودها لها ثلاث حالات:١) فقد لا توصل إلى المقصود منها، ٢) أو يمكن التوصل إلى عين المقصود بوسيلة أخرى عوضًا عنها، ٣) أو يسقط اعتبار المقصود أصلًا: فإنه ينتج عن ذلك كله سقوط اعتبار الوسيلة. وقد صاغ العلماء هذه الحالات الثلاثة في قواعد كثيرة منها -على نفس الترتيب-: «إذا تبين عدم إفضاء الوسيلة إلى المقصود... بطل اعتبارها»[(٢)]، و«لا يُبَالَى باختلافِ

---

(١) تعارض دلالة اللفظ والقصد، (٢/ ٨١٢).

(٢) القواعد للمقري، (١/ ٢٤٢)، قاعدة (١٨)؛ وانظر: المغني لابن قدامة، (١٣/ ٥٤٧)؛ تخريج الفروع على الأصول للزنجاني، ص(٢٩٩)؛ الأشباه والنظائر لابن السبكي، (١/ ١٧٦).



الأسبابِ عند سلامة المقصُود»[١]، و«كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة»[٢]. كما عبر الشاطبي (ت٧٩٠هـ) عن الحالات الثلاثة فقال: «... وقد تقرر أن الوسائل من حيث هي وسائل: غير مقصودة لأنفسها، وإنما هي تبع للمقاصد؛ بحيث لو سقطت المقاصد سقطت الوسائل، وبحيث لو توصل إلى المقاصد دونها لم يتوسل بها، وبحيث لو فرضنا عدم المقاصد جملة لم يكن للوسائل اعتبار، بل كانت تكون كالعبث»[٣].

(١) ترتيب اللآلي في سلك الأمالي، (٢/ ٩٣٧)، قاعدة (١٩٣). وانظر: المبسوط للسرخسي، (٦/ ٦٥)؛ الهداية للمرغيناني، (٣/ ٣٤٣، ٨/ ٢١٦، ٣٦٢)؛ الدّرر شرح الغرر، (١/ ٣٤٤)؛ البحر الرائق، (٣/ ١٦٩، ١٧٠). وانظر في معنى هذه القاعدة: قواعد الوسائل لـ د. مصطفى مخدوم، ص(٢٧١).

(٢) أنوار البروق في أنواء الفروق، (٢/ ٣٣)؛ شرح تنقيح الفصول، ص(٤٤٩)؛ نيل السول على مرتقى الوصول، ص(٢٠٠). وانظر: قواعد الأحكام لابن عبد السلام، (١/ ١٠٣، ١٠٩)؛ القواعد للمقري، (١/ ٣٢٩)؛ الموافقات، (٢/ ١٦١)؛ المنثور، (٣/ ١٤١)؛ مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور، ص(٤٠٧)؛ قواعد الوسائل لـ د. مصطفى مخدوم، ص(٢٥٣)؛ المصالح والوسائل من كتاب القواعد الكبرى لابن عبد السلام، ص(٣٠٩).

(٣) الموافقات، (٢/ ١٦١). مع التنبيه أنه قال ذلك عرضًا في معرض إيراده اعتراضًا محتملا.

وهناك قاعدة فقهية مهمة ذات صلة بهذه القواعد، تتعلق بالتعارض بين الصيغة الظاهرة للعقد والمقصد الذي يبطنه العاقدان، وقد قرر فيها علماء المالكية والحنابلة تقديم المقصد على ظاهر اللفظ؛ ونصها: «الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها، دون ظواهر ألفاظها وأفعالها». وهذا نصها في كتاب أعلام الموقعين، (٣/ ٨٦)؛ وانظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية، (٦/ ٥٤)؛ الموافقات، (٢/ ٢٥١)؛ وانظر: منه (١/ ١٤٤، ١٥٨، ٢/ ٢٤٦، ٢٥٢)؛ تعارض دلالة اللفظ والقصد، (٢/ ٩٩٩)؛ وانظر من كتب الفقه عند المالكية: مختصر خليل والشرح الكبير وحاشية الدسوقي، (٢/ ٢٥٨، ٢٧٦، ٣٥٣)؛ الذخيرة، (٤/ ٣٢٠)؛ وانظر من كتب الفقه عند الحنابلة: المغني، (٦/ ٣١٩، ٩/ ١٩٤، ١٠/ ٥١)؛ الإنصاف، (٢٢/ ١٢٣، ١٢٤)؛ الروض المربع وحاشية ابن قاسم، (٦/ ٣٢٠).



الموضع الرابع [يتبع: الباب الأول: أحكام عامة]:

جاء في المادة ١١:

«١- يكون التبليغ بوساطة المحضرين بناءً على أمر القاضي أو طلب الخصم أو إدارة المحكمة، ويقوم الخصوم أو وكلاؤهم بمتابعة الإجراءات وتقديم أوراقها للمحضرين لتبليغها، ويجوز التبليغ بوساطة صاحب الدعوى إذا طلب ذلك.

٢- يجوز الاستعانة بالقطاع الخاص في تحضير الخصوم وفق ضوابط تحددها اللوائح اللازمة لهذا النظام، وتطبق على موظفي القطاع الخاص القواعد والإجراءات المنظمة لأعمال المحضرين».

وجه الصلة بالتسريع:

تُعدُّ (صعوبة تبليغ المدعى عليه) من أبرز الأسباب الإجرائية لتأخر صدور الحكم القضائي؛ لهذا أولاه نظام المرافعات الشرعية السعودي عنايةً خاصةً، وخصه بثلاث عشرة مادة(١)، أولها وأهمها هذه المادة، ووجه صلتها بالتسريع: أنها تتسم بالمرونة وتوسيع دائرة وسائل التبليغ:

- **فمن جهة المبدأ:** المحاكم ملزمة بتعين محضّرين يقومون بكامل مهمة التبليغ، كما أن المدعي ملزم بمتابعة إجراءات التبليغ، وتقديم ما يحتاجه المحضرون من متطلبات يمكنه الوفاء بها.

---

(١) من مادة (١١) إلى مادة (٢٢).

-ولكن هناك خياران آخران:

الخيار الأول: أن يتولى صاحب الدعوى مهمة التبليغ بنفسه، بعد أن يشرح له محضّر الخصوم في المحكمة جميع الإجراءات المطلوبة لتصحيح التبليغ.

الخيار الثاني: أن يكون التبليغ عن طريق القطاع الخاص؛ وفقًا للقواعد والإجراءات المنظمة لأعمال المحضرين.

ومما يمكن اقتراحه لتفعيل ذلك:

١. أن تَطرح وزارةُ العدل مناقصةً على شركات البريد السريع ونحوها، بحيث تتولى شركة واحدة التبليغ في جميع محاكم المملكة، وأن يكون التعاقد معها دوريًّا، بحيث يجدّد كل سنتين، بحسب كفاءة الشركة ووفائها بشروط الوزارة.

٢. أن تتعاون معها الأجهزة الأمنية ذات العلاقة، وشركات الاتصالات، وأن يكون من صور التعاون: تخصيص موظفين متفرغين في شركات الاتصالات والأجهزة الأمنية للتنسيق مع الشركة التي تتولى التبليغ، وأن تتحمل الشركة الأعباء المالية لهؤلاء الموظفين، وفي مقدمة صور التعاون أن تزودهم شركات الاتصالات بأرقام هواتفهم ولاسيما المحمول منها، وآخر استخدام لها ومكانه، وكذلك الحال في نظام (أبشر) التابع لوزارة الداخلية، وما فيه من قاعدة بيانات لهواتف المواطنين والمقيمين والزائرين، بالإضافة إلى الخدمات الأخرى التي يمكن أن تتيحها وزارة الداخلية لوزارة العدل.

٣. أن يكون اختيار صاحب الدعوى للشركة الخاصة في التبليغ مقابل رسوم يدفعها، بحيث يسترجعها من خصمه إذا حكم له القاضي، وأن تكون هذه



الرسوم في معدل رسوم البريد السريع إذا كان عنوان الخصم وهواتفه معلومة، ويمكن أن تزيد هذه الرسوم بحسب الجهد الذي يتطلبه التبليغ عند نقص المعلومات الأساسية في عنوان المراد تبليغه.

٤. أن يشترط على الشركة أن يكون متوسط مدة التبليغ لديها أسرع منه عند محضري الخصوم في المحكمة.

٥. أن يكون للشركة مندوبٌ أو أكثر في كل محكمة بحسب الحاجة.

٦. أن تتعاون مؤسسة النقد مع الشركة بحيث تُلزم البنوك بإعلام الخصم بموعد الجلسة قبل إجراء أي عملية بالصراف الآلي، بحيث تكون الرسالة مكتوبة في شاشة الصراف، ويشترط على العميل (الموافقة على قبول التبليغ بموعد المحكمة) قبل تمكينه من الحصول على خدمة الجهاز، ويلاحظ أن أجهزة الصراف مزودة بكاميرات مراقبة يمكن الاستفادة منها في توثيق التبليغ(١).

الموضع الخامس [يتبع: الباب الأول: أحكام عامة]:

مما جاء في المادة ١٣:

«... ويجب أن يشمل التبليغ البيانات الآتية:

أ- موضوع التبليغ، وتاريخه...

ب- الاسم الكامل لطالب التبليغ، ورقم هويته....

ج- الاسم الكامل للمدعى عليه، وما يتوافر من معلومات عن مهنته أو وظيفته،

---

(١) ومن باب الأمانة العلمية؛ فإن هذا الاقتراح علقت فكرته في ذهني من خلال قراءة عابرة لرسالة عبر وسائل التواصل الاجتماعي.

ومكان إقامته، ومكان عمله، فإن لم يكن له مكان إقامة معلوم فآخر مكان إقامة كان له.

د -...

هـ - اسم من سلمت إليه صورة ورقة التبليغ، وصفته، وتوقيعه على أصلها، أو إثبات امتناعه وسببه.

و-...

وللمجلس الأعلى للقضاء عند الاقتضاء إضافة ما يلزم من وسائل وبيانات أخرى».

وجه الصلة بالتسريع:

المادة المذكورة فيها توصيف دقيقٌ، ومرنٌ؛ فهو دقيق لأنه جعل بيانات التبليغ تفي بالتفاصيل الدقيقة التي تحقق الغرض منه، كما أنه مرن؛ لأنه جعل من صلاحيات المجلس الأعلى للقضاء: أن له عند الاقتضاء إضافة ما يلزم من وسائل وبيانات أخرى.

ومما يمكن اقتراحه لتفعيل هذه المادة في التسريع ما يلي:

١. أن يكون هناك نموذج خاص يتضمن جميع هذه البيانات، بحيث يقوم طالب التبليغ بتعبئتها إلكترونيًا. ومثل ذلك يقال في جميع المواد التي تتضمن بيانات أساسية(١).

(١) مثل المواد: (٤١، ١١٦، ١١٩، ١٣٥، ١٣٧، ١٨٨، ١٩٥، ٢٠٢).



٢. جاء في الفقرة (جـ): «الاسم الكامل للمدعى عليه، وما يتوافر من معلومات عن...». وفي تعبير المنظم بـ (وما يتوافر من معلومات عن...)، يُعد احترازًا ذكيًّا في حال نقص المعلومات عن المدعى عليه عند طالب التبليغ؛ حيث لا يُعدّ نقصُ المعلومات عن عنوان المدعى عليه مانعًا من التبليغ، ولكن ينبغي أن تكون هناك طريقة واضحة لدى جهة التبليغ بحيث تستطيع إكمال المعلومات بأسرع وقت ممكن، وقد جاء في المواد الثماني اللاحقة بيان مفصل لأحوال التبليغ وتفريعاته، ويمكن أن يضاف إليها: أن تتعاون مع جهة التبليغ الأجهزةُ الأمنية ذات العلاقة بشكل إلكتروني من خلال موظفين في وزارة الداخلية مخصصين لذلك، وأيضًا شركات الاتصالات، بحيث يكونون مربوطين بـالنظام الحاسوبي الآلي لوزارة العدل.

٣. جاء في الفقرةهـ: «اسم من سلمت إليه صورة ورقة التبليغ، وصفته، وتوقيعه على أصلها، أو إثبات امتناعه وسببه».

ومما يمكن اقتراحه: أن تكون هناك عقوبة تعزيرية رادعة للممتنع عن التوقيع على أصل ورقة التبليغ بلا عذر، وأن تتم الإشارة إلى العقوبة في ورقة التبليغ نفسها، وأن يقرأها المبلغ على الممتنع شفهيًّا.

الموضع السادس [يتبع: الباب الأول: أحكام عامة]:

جاء في اللائحة ١٤/ ٢: «من تسلم صورة ورقة التبليغ ورفض التوقيع على أصلها؛ فهو في حكم من وقع عليها».

وجه الصلة بالتسريع:

نصت هذه اللائحة على أن التبليغ منتج لآثاره بمجرد استلام ورقة التبليغ، وهذا يمثل الحدّ الأدنى لعقوبة الممتنع عن التوقيع - المشار إليها آنفا في الموضع السابق -، وله أثر في التسريع؛ لأنه يسد بابًا من أبواب المماطلة وهو دعوى عدم حصول التبليغ.

لكن قد يرد على هذا الإجراء إشكال؛ لعدم تطابقه مع ما جاء في المادة ١٨، وحيث إن هذه المادة سيأتي التعليق عليها في المبحث الثاني؛ فالأنسب ذكر الإشكال هناك.

الموضع السابع [يتبع: الباب الأول: أحكام عامة]:

جاء في المادة ١٦:

«يكون التبليغ نظامياً متى سلم إلى شخص من وجه إليه ولو في غير مكان إقامته أو عمله».

وجاء في اللائحة ١٧/ ٤: «للدائرة... أن تعلن عن طلب الموجه إليه التبليغ في إحدى الصحف المحلية أو أي وسيلة أخرى ترى أن الإعلان فيها محقق للمقصود».

وجاء في اللائحة ١٧/ ٥: «إذا تعذر تبليغ من لا يعرف عنوانه، أو امتنع عن الحضور بعد تبليغه فللمحكمة - عند الاقتضاء - أن تأمر بإيقاف خدماته لدى الجهات الحكومية».



وجه الصلة بالتسريع:

المادة واللائحتان المذكورة تدل على تفهم المنظم السعودي لأهمية تعدد وسائل التبليغ، وعدم الجمود على وسائل قد لا تكون مجدية في بعض الأحوال:

- فلا يشترط أن يكون التبليغ في مقر إقامة الشخص المبلَّغ أو مقر عمله.
- وإذا لم يعلم له مقر فلا مانع - عند الاقتضاء - من إعلان التبليغ في الصحف المحلية أو أي وسيلة إعلان أخرى.
- وأهم منهما: أنه للمحكمة - عند الاقتضاء - أن تأمر بإيقاف خدماته لدى الجهات الحكومية؛ وهذا من أنجع الطرق في التبليغ؛ لأنه لن يجد بداً من الحضور، إذ أضرار التهرب من قبول التبليغ حينئذٍ ستمتد إليه هو، وسيذوق مرارتها بشكل لا يكاد يطاق.

الموضع الثامن [يتبع: الباب الثاني: الاختصاص. الفصل الأول: الاختصاص الدولي]:

جاء في المادة ٢٩:

«تختص محاكم المملكة باتخاذ التدابير التحفظية والوقتية التي تنفذ في المملكة ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية».

وجاء في اللائحة ٢٩/ ٢: «التدابير الوقتية هي الإجراءات التي تتخذها الدائرة للنظر في الحالات المستعجلة بصورة وقتية، حتى يصدر الحكم في الدعوى الأصلية، مثل ما جاء في المواد (٢٠٦-٢١٧) من هذا النظام».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه المادة فيها مراعاة للحالات الاستثنائية المستعجلة، كالحكم بالمنع من السفر أو الحكم بوقف الأعمال الجديدة... إلخ، حيث أجاز المنظم للدائرة النظر فيها بصورة مؤقتة ولو كانت خارج اختصاصها حتى يصدر الحكم في الدعوى الأصلية، وتكمن صلة هذه المادة ولائحتها بالتسريع في تجاوزها لقيد الاختصاص؛ مراعاةً لطبيعة الحالة التي تستدعي التعجيل.

الموضع التاسع [يتبع: الباب الثاني: الاختصاص. الفصل الأول: الاختصاص المكاني]:

جاء في المادة ٣٩:

«يستثنى من المادة (السادسة والثلاثين) من هذا النظام ما يأتي:

١- ....

٢- للمرأة - في المسائل الزوجية والحضانة والزيارة ومَنْ عَضَلَها أولياؤها - الخيار في إقامة دعواها في بلدها أو بلد المدعى عليه. وعلى المحكمة إذا سمعت الدعوى في بلد المدعية استخلاف محكمة بلد المدعى عليه للإجابة عن دعواها. فإذا توجهت الدعوى أُبلغ المدعى عليه بالحضور إلى مكان إقامتها للسير فيها، فإن امتنع سمعت غيابيًا، وإذا لم تتوجه الدعوى ردتها المحكمة دون إحضاره...».

وجاء في اللائحة ٣٩/ ٢: «إذا ظهر للدائرة ابتداءً أن الدعاوى الواردة في الفقرة (٢) من هذه المادة متوجهة؛ فتبلغ المدعى عليه بالحضور دون استخلاف».



وجه الصلة بالتسريع:

هذه اللائحة فيها استدراك مهم يرد على الفقرة الثانية من المادة ٣٩، وهو أن استخلاف محكمة بلد المدعى عليه للإجابة عن دعوى الزوجة فيه مراعاة للأصل وهو إقامة الدعوى في بلد المدعى عليه، فلا يتم الانتقال عنه إلا بعد التحقق من توجه الدعوى، ولكن الدعوى قد تكون من الوضوح بمكان، بحيث يظهر للدائرة توجهها للمدعى عليه دون سماع رأيه في الدعوى، فحينئذٍ تقوم الدائرة بتبليغ المدعى عليه بالحضور مباشرة دون استخلاف؛ لأنه ظهر لها أن إجراء الاستخلاف تحصيل حاصل، وعبء إضافي يزيد أمد الدعوى بلا فائدة، وحيث فات الغرض منه سقط الإلزام به.

الموضع العاشر [يتبع: الباب الثالث: رفع الدعوى وقيدها]:

جاء في المادة ٤٣:

«يقوم المحضر أو المدعي ـ بحسب الأحوال ـ بتسليم صورة صحيفة الدعوى إلى المدعى عليه خلال خمسة عشر يومًا على الأكثر من تسليمها إليه، إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع في أثناء هذا الموعد، فعندئذٍ يجب أن يتم التسليم قبل الجلسة، وذلك كله مع مراعاة موعد الحضور».

وجه الصلة بالتسريع:

تحديد حد أعلى للمدة في أي إجراء له أثر في التسريع؛ لأنه يمنع من أن يكون الوقت مفتوحًا، وهذا الكلام ينسحب على هذه المادة وعلى جميع المواد الأخرى

التي فيها تحديد للآجال الأعلى لمدة الإجراء - وما أكثرها - [(١)]، ولتفعيل هذه المواد ينبغي على الجهات الرقابية في وزارة العدل متابعة الالتزام بهذه الآجال، ومحاسبة الموظفين الذين لا يلتزمون بها بدون عذر، وفي حال وجود عوائق خارجة عن قدرة الموظف ينبغي على الوزارة إيجاد الحلول المناسبة.

الموضع الحادي عشر [يتبع: الباب الثالث: رفع الدعوى وقيدها]:

جاء في المادة ٤٥:

«على المدعى عليه في جميع الدعاوى -عدا الدعاوى المستعجلة والدعاوى التي أُنقص موعد الحضور فيها - أن يودع لدى المحكمة مذكرة بدفاعه قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل أمام المحكمة العامة، وبيوم واحد على الأقل أمام المحاكم الأخرى، وأمام الدوائر العمالية والتجارية والأحوال الشخصية إذا نظرت أمام المحكمة العامة في المحافظة أو المركز».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه المادة سيكون لها نفع في التعجيل، إذا هُيّئت سبلٌ أوسع لتطبيقها، ولاسيما إذا لم يُكتفَ فيها بتقديم المذكرة في الجلسة الأولى فقط، بل تم التوسع في تفعيلها لتشمل أية جلسة يرى القاضي أن تصور جوانب مؤثرة في الدعوى متوقف على ما يقدمه أحد الأطراف، بحيث يُخصّص وقت محدد لتسليم هذه المذكرة أو الوثيقة ونحوهما ومن ثم تسلم الطرف الثاني نسخة منها، وكل ذلك خارج نطاق الجدول

---

(١) ومن الأمثلة الأخرى لهذه المواد، أو اللوائح: (٢١، ٤٢، ٨٠، ٨٦، ١٠٠، ١٢٨)، لائحة (١٢٩/ ١، ١٣١، ١٣٢، ١٣٤، ١٣٦، ١٥١، ١٥٩، ١٦٥/ ٣، ١٦٥/ ٤، ١٦٦، ١٧٩/ ١، ١٨٧، ١٨٨، ١٩٠، ١٩٤، ١٩٥، ٢٠١، ٢٠٧، ٢٠٨/ ٦، ٢٣٣).

المعتاد للجلسات، وبهذا نختصر جلستين في جلسة واحدة؛ لأن كون القاضي وأحد الأطراف يحضران الجلسة وهما خاليا الذهن مما سيقدمه الطرف الآخر؛ سيجعل الجلسة لتسليم المذكرة ونحوها فحسب؛ وبدل أن يكون هذا التبادل في جلسة مستقلة محسوبة في الجدول المعتاد؛ يكون لها موعد مستقل قبل الجلسة بوقت كافٍ.

الموضع الثاني عشر: [يتبع: الباب الثالث: رفع الدعوى وقيدها]

جاء في المادة ٤٧:

«إذا حضر المدعي والمدعى عليه أمام المحكمة من تلقاء نفسيهما - ولو كانت الدعوى خارج اختصاصها المكاني - وطلبا سماع خصومتهما فتسمع المحكمة الدعوى في الحال إن أمكن وإلا حددت لها جلسة أخرى».

وجاء في المادة ٤٨:

«إذا عينت المحكمة جلسة لشخصين متداعيين، ثم حضرا في غير الوقت المعين، وطلبا النظر في خصومتهما، فعليها أن تجيب هذا الطلب إن أمكن».

وجه الصلة بالتسريع:

هاتان المادتان لهما أثر كبير في التسريع؛ ولكنهما يحتاجان إلى تفعيل؛ إذ الشرط المذكور في نهايتهما (وهو: إن أمكن) فيه إطلاق، وهذا الإطلاق قد يسوّغ لإدارة المحكمة التراخي في تطبيق المادتين؛ لأن إدارة المحكمة إذا قسمت أوقات القضاة على الجلسات والأعمال الاعتيادية، ولم تجعل لهاتين المادتين آلية لتطبيقهما إلا في الفجوات العارضة التي تنتج عن إلغاء جلسات أو إنجازها في أقل من الوقت

المقدر... أو نحو ذلك، فسيكون تطبيقهما شبه متعذر؛ لأن المتداعيين يندر أن يحضرا بناءً على أمل ضعيف في سماع دعواهما.

والذي يمكن اقتراحه: أن تكون هناك طريقة معلنة وواضحة لتطبيق هاتين المادتين؛ ومن صور ذلك:

١. أن يحدد لتطبيق المادتين ساعات معينة من اليوم، كبعد الظهر.

٢. أن يفرغ لذلك القضاة الجدد؛ لأن تراضي المتداعيين على الحضور غالبًا ما يكون مؤشرًا قويًا على تفهُّمهما، وقدرتهما على التجاوب السريع مع متطلبات التقاضي، مما يسهل على القاضي مهمته.

ولتوضيح ذلك يُقال:

كون القاضي يباشر أعمال القضاء عقب الملازمة قرابة ثلاث سنوات فقط، وفي محاكم تكون - في الغالب - صغيرة وبإدارة مستقلة من قبله قد يجعله بعيدًا عن أصحاب الخبرة في القضاء، مما يعيق التسارع في تأهيله وإكسابه الثقة والخبرة الكافية، لهذا يمكن أن يقترح وضع فترة انتقالية لمدة سنتين بين الملازمة وانفراد القاضي بكامل أعمال القضاء، بحيث يكون تحت إدارة رئيس المحكمة، وبمقربة من أصحاب الخبرة من القضاة، وتُحوَّل له أنواعٌ محددة من القضايا، تتسم بالسهولة، وقلة المدة المتوقعة لإنهائها، ومن ضمنها: القضايا التي توافق المتداعيان على حضورهما لها.

الموضع الثالث عشر [يتبع: الباب الرابع: حضور الخصوم وغيابهم والتوكيل في الخصومة. الفصل الأول: الحضور والتوكيل في الخصومة]:

جاء في اللائحة ٤٩/ ٣:

«إذا تعدد الوكلاء في الخصومة عن أحد طرفي الدعوى جاز لهم مجتمعين أو لكل واحد منهم على حدة الحضور عن موكله؛ سواءً أكان في أول الدعوى أم في أثنائها ما لم ينص في الوكالة على غير ذلك أو يؤدي تعاقبهم إلى إعاقة سير الدعوى».

وجه الصلة بالتسريع:

ما جاء في نهاية المادة استدراكٌ ذكيٌّ من المنظم لمعالجة أحد أسباب التأخير، وهذا السبب هو تعاقب الوكلاء بشكل يؤدي إلى إعاقة سير الدعوى؛ كأن يتكرر طلب الوكيل المتأخر الإمهال للرجوع إلى من قبله من الوكلاء أو الموكِّل؛ لفهم مجريات الدعوى، أو يعتذر مثلًا عن الإقرار عن الموكل، أو عن القضايا المحاسبية، أو قضايا العقار، أو قضايا الدين؛ لكون ذلك من صلاحيات وكيل آخر،... ونحو ذلك، ويدخل في ذلك من باب أولى إذا لاحظ القاضي أن تعاقب الوكلاء إنما هو حيلة بقصد إعاقة سير الدعوى، وتشتيتها بحيث يكون كل وكيل متخصص بجر الدعوى إلى مسار مغاير لمسار الوكيل الآخر.

الموضع الرابع عشر [يتبع: الباب الرابع: حضور الخصوم وغيابهم والتوكيل في الخصومة. الفصل الأول: الحضور والتوكيل في الخصومة]:

جاء في المادة ٥٠:

«يجب على الوكيل أن يقرر حضوره عن موكله، وأن يودع صورة مصدقة من وثيقة وكالته لدى الكاتب المختص. وللمحكمة أن ترخص للوكيل عند الضرورة بإيداع صورة الوثيقة في موعد تحدده، على ألا يتجاوز ذلك أول جلسة للمرافعة. ويجوز أن يثبت التوكيل في الجلسة بتقرير يدون في محضرها، ويوقعه الموكل أو يبصم عليه بإبهامه.

ويسري وجوب الإيداع المشار إليه آنفاً على الوصي والولي والناظر».

كما جاء في اللائحة ٥٠/ ١: «إذا لم يكن مع الوكيل صورة من وكالته مصدقة من مصدرها طابق الموظف المختص على أصلها ويوقع على الصورة بذلك ويودعها بملف القضية».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه المادة وما جاء في لائحتها المذكورة وبقية لوائحها فيها جمع بين الحزم -فيما يحتاج إلى حزم-، والمرونة -فيما يحتاج إلى مرونة-، وكل ذلك يصب بشكل مباشر في تسريع التقاضي:

فمن جوانب التسريع:

- أن وثيقة الوكالة إذا لم تكن مع وكيل المدعى عليه وقت الجلسة؛ فللمحكمة أن ترخص له بإيداع صورة هذه الوثيقة لاحقًا، لكن ليس هذا على إطلاقه؛ بل مقيد بقيدين: **أحدهما**: أن يكون ذلك عند الضرورة. **والثاني**: ألا تتجاوز

المهلة الجلسة التالية.

- أن الموكل يمكن أن يوكّل غيره بالترافع عنه في جلسة التقاضي نفسها، ولا يشترط إصدار وثيقة التوكيل من كتابة العدل! وهذا يغفل عنه الكثير مع أن فيه تيسيرًا على الموكِّل، وتسريعًا في التقاضي، وتخفيفًا من إجراءات التوكيل الاعتيادية التي تحتاج إلى مراجعة جهة أخرى مستقلة، وهي كتابة العدل.
- الأصل أن يقدم الوكيل صورةً طبق الأصل من الوكالة مصدقةً من مصدرها، لكن لو لم يحضر الوكيلُ الصورةَ المصدقة، فهناك حل بديل ومتيسّر، وهو أن يقوم بذلك الموظف المختص بالتدقيق لدى القاضي نفسه، فيطابق بين الأصل والصورة، ثم يوقع على الصورة بأنه تمت مطابقتها ويودعها بملف القضية.

الموضع الخامس عشر [يتبع: الباب الرابع: حضور الخصوم وغيابهم والتوكيل في الخصومة. الفصل الأول: الحضور والتوكيل في الخصومة]:

جاء في المادة ٥٢:

«لا يحول اعتزال الوكيل - أو عزله بغير موافقة المحكمة - دون سير الإجراءات، إلا إذا أبلغ الموكِّل خصمه بتعيين وكيل آخر بدلًا من المعتزل أو المعزول، أو بعزمه على مباشرة الدعوى بنفسه».

وجاء في اللائحة ٥٢/ ١:

«إذا اعتزل الوكيل - أو عُزل بغير موافقة المحكمة - فيستمر السير في القضية في مواجهته، ما لم يبلغ الموكِّل خصمه بتعيين وكيل آخر بدلًا من المعتزل أو المعزول

أو بعزمه على مباشرة الدعوى بنفسه».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه المادة ولائحتها المذكورة تسدان بابًا من أبواب المماطلة التي قد يلجأ إليها أحد الخصوم، وهو عزل الوكيل والتأخر في تهيئة البديل بقصد تطويل أمد التقاضي؛ حيث نصت المادة ولائحتها على أن العزل إذا لم يتم بموافقة من المحكمة فيستمر التعامل مع الوكيل كما لو لم يحصل له عزل، ولا يتغير الحال إلا بتعيين وكيل آخر أو مباشرة الموكل للدعوى بنفسه، دون أن يكون هناك أي إمهال للموكل لإيجاد البديل.

الموضع السادس عشر [يتبع: الباب الرابع: حضور الخصوم وغيابهم والتوكيل في الخصومة. الفصل الأول: الحضور والتوكيل في الخصومة]:

جاء في المادة ٥٣:

«إذا ظهر للمحكمة من أحد الوكلاء كثرة الاستمهالات بحجة سؤال موكله بقصد المماطلة؛ فلها حق طلب الموكِّل بنفسه لإتمام المرافعة أو توكيل وكيل آخر».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه المادة تعالج بشكل مباشر إحدى وسائل المماطلة، حيث أجازت للمحكمة إلزام الموكِّل بالترافع بنفسه - أو توكيل وكيل آخر - إذا ظهر لها أن الوكيل السابق يقصد المماطلة بكثرة الاستمهالات بدعوى سؤال موكله!

والذي يمكن اقتراحه: أن لا يُكتفى بذلك؛ بل تصدر عقوبات تعزيرية للوكيل الذي ثبت لديها أن طلبه للاستمهالات عديم الجدوى، وأن هذا الوكيل قادر على

أن يفي بالمطلوب بدونها، وأنه إنما طلب هذه الاستمهالات للمماطلة فحسب.

الموضع السابع عشر [يتبع: الباب الرابع: حضور الخصوم وغيابهم والتوكيل في الخصومة. الفصل الثاني: غياب الخصوم]:

جاء في المادة ٥٥:

«إذا غاب المدعي عن جلسة من جلسات الدعوى ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة فتشطب الدعوى. ولـه بعد ذلك أن يطلب استمرار النظر فيها بحسب الأحوال، وعند ذلك تحدد المحكمة جلسة لنظرها وتبلغ بذلك المدعى عليه، فإن غاب المدعي كذلك ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة فتشطب الدعوى ولا تسمع بعد ذلك إلا بقرار من المحكمة العليا».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه المادة تدل على وجوب احترام المدعي لمواعيد الجلسات، وعدم السماح له في تطويل أمد التقاضي؛ سواء أكان ذلك بتعمد منه للإساءة إلى المدعى عليه، أم بإهمال منه لعدم اكتراثه بالمواعيد، وينبغي أن يكون القاضي حازما في تطبيق هذه المادة مع أي مدعٍ لا يكترث بمواعيد الجلسات؛ لأن مجلس التقاضي بكامل طاقمه إنما عقد بناءً على طلبه؛ فحري به أن يكون على درجة عالية من الاحترام لمواعيد هذا المجلس، وأي تراخٍ منه عن الحضور بلا عذر؛ يدل على عدم اكتراثه، ويجعله مستحقا لشطبٍ أوليٍّ للدعوى من قبل قاضي الموضوع، ولو تغيب للمرة الثانية بلا عذر تقبله المحكمة؛ فسيخرج الموضوع حينئذٍ عن صلاحية قاضي الموضوع، ويصبح استمرار النظر في الدعوى مشروطًا بصدور قرار بذلك من المحكمة العليا!

الموضع الثامن عشر [يتبع: الباب الرابع: حضور الخصوم وغيابهم والتوكيل في الخصومة. الفصل الثاني: غياب الخصوم]:

جاء في المادة ٥٧ فقرة ٢:

«٢- إذا تبلغ المدعى عليه لشخصه أو وكيله في الدعوى نفسها بموعد الجلسة، أو أودع هو أو وكيله مذكرة بدفاعه لدى المحكمة قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى ولم يحضر، أو حضر المدعى عليه في أي جلسة ثم غاب، فتحكم المحكمة في الدعوى، ويعد حكمها في حق المدعى عليه حضوريًّا».

وجاء في المادة ٥٨: «إذا تعدد المدعى عليهم، وكان بعضهم قد بلغ لشخصه وبعضهم الآخر لم يبلغ لشخصه، وتغيبوا جميعًا أو تغيب من لم يبلغ لشخصه... يعد الحكم في الدعوى في حق من تبلغ من المدعى عليهم حكمًا **حضوريًا**».

وجه الصلة بالتسريع:

هاتان المادتان من طرق العلاج الناجعة لأحد أبرز أسباب التأخير، وهو مماطلة المدعى عليه بتعمده الغياب عن حضور الجلسات؛ لأن من أقوى صور الردع والتهديد: إدراكه أن الغياب لن ينفعه، بل سيفوّت عليه فرصة الدفاع عن موقفه قبل صدور الحكم الابتدائي؛ حيث سيتم التعامل معه - بموجب هاتين المادتين - باعتباره حاضرًا، وأن المحكمة لو حكمت بموجب بينة المدعي فسيكون حكمها حضوريًا، وهذا يشمل جميع أوجه التبليغ التي حصل بها علمه بالدعوى؛ سواءً تم تبليغه لشخصه أو تبليغ وكيله، أم أودعَ هو أو وكيلُه مذكرةً بدفاعه لدى المحكمة قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى ولم يحضر، أم حضر المدعى عليه في أي جلسة ثم غاب.



الموضع التاسع عشر [يتبع: الباب الرابع: حضور الخصوم وغيابهم والتوكيل في الخصومة. الفصل الثاني: غياب الخصوم]:

جاء في اللائحة ٥٧/ ٤-٦:

«٥٧/ ٤ للمحكمة - عند الاقتضاء - أن تأمر بإيقاف خدمات الممتنع عن الحضور لدى الجهات الحكومية.

٥٧/ ٥ إذا توجهت اليمين على المدعى عليه بعد سماع الدعوى؛ فيبلغ بذلك حسب إجراءات التبليغ، ويشعر بوجوب حضوره لأداء اليمين، وأنه إذا تخلف بغير عذر تقبله المحكمة عدّ ناكلًا[(١)]، وسوف يقضى عليه بالنكول وفق المادة الثالثة عشرة بعد المائة من هذا النظام، أما إن كان له عذر يمنعه من الحضور - تقبله المحكمة - فيعامل وفق المادة الرابعة عشرة بعد المائة من هذا النظام.

٥٧/ ٦ إذا كان الحكم في غياب المحكوم عليه وعُد حضوريًّا، فتحدد الدائرة موعدًا لاستلام نسخة الحكم وفق المادة السادسة والستين بعد المائة والمادة التاسعة والسبعين بعد المائة من هذا النظام - دون بعث نسخة الحكم إليه - فإذا انقضت مدة الاعتراض ولم يقدم المحكوم عليه اعتراضه؛ فيكتسب الحكم القطعية».

(١) انظر نحو هذا الإجراء في مواد أخرى؛ منها: (١٠٧، ١١٣).

وجاء في المادة ٦٠، فقرة ٣: «إذا غاب المعارض أو وكيله عن الجلسة الأولى لنظر المعارضة، فتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بسقوط حقه في المعارضة، ويعد حكمها نهائيًا».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه اللوائح والمادة المذكورة لها أثر كبير في تغيير قناعات كثير من الخصوم الذين لا يبالون بمواعيد المحكمة:

- ففي اللائحة (٥٧/ ٤): أُعطيت المحكمة صلاحية الأمر بإيقاف خدمات الممتنع عن الحضور لدى الجهات الحكومية، وهذا من طرق الضغط المشروعة للإلزام بحضور مواعيد الجلسات؛ لأن الأحكام الشرعية مبنية على الموازنة بين الحقوق والواجبات، ومتى قصر الإنسان في واجبات غيره؛ فليس هناك ما يمنع شرعًا من معاملته بالمثل، بتأخير بعض حقوقه إلى أن يفي بواجبات الآخرين.

ولفاعلية إيقاف الخدمات: فقد منح المنظم السعودي هذه الصلاحية - أيضًا - عند تعذر تبليغ من لا يعرف عنوانه، وقد سبق التعليق على ذلك في الموضع السابع من هذا المبحث.

وجاء في اللائحة ١٧/ ٥: «إذا تعذر تبليغ من لا يعرف عنوانه، أو امتنع عن الحضور بعد تبليغه؛ فللمحكمة - عند الاقتضاء - أن تأمر بإيقاف خدماته لدى الجهات الحكومية».

- وفي اللائحة (٥٧/ ٥): ورد التصريح بأحد الإجراءات الرادعة للحد من تهرّب المدعى عليه من أداء اليمين: حيث سيحمل غيابه بلا عذر على أنه دلالة

على تهربه من اليمين، ومن ثمَّ ستعده المحكمةُ ناكلًا في يمينه، وستقضى عليه بالنكول.

ولأهمية اعتبار الدلالة في حال غياب التصريح اعتنى الفقهاء بهذا الأصل وعبروا عن مضمونه بعدة ألفاظ منها:

١. «الأصل أن للحال من الدلالة كما للمقالة»[١].

٢. «الثابت بالدلالة مثل الثابت بالصريح»[٢].

٣. «الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها»[٣].

- وفي اللائحة (٦/٥٧): ورد التصريح بإجراء في درجةٍ عاليةٍ من الحزم مع المتهاونين في حضور جلسات التقاضي؛ فإذا غاب المدعى عليه بلا عذر على الرغم من علمه بموعد الحضور، فلا يكتفى بجواز الحكم عليه بموجب بيّنة المدعي - كما مر بيانه قريبًا في الموضع الثامن عشر - بل إن هذا الحكم يمكن أن يكون نهائيًا، وغير قابل للاستئناف، حيث تبدأ مهلة الاعتراض على الحكم منذ الموعد المحدد لاستلام نسخة الحكم، فإذا مضت المدة (وهي في الغالب ٣٠ يومًا) ولم يقدم اعتراضه فإن الحكم سيكتسب صفة القطعية حينئذٍ! ولا فرق في ذلك بين كون المحكوم عليه حضر قبل النطق بالحكم أو علم بالموعد ولم يحضر، ولا فرق بين كونه تسلّم نسخة الحكم أو لو لم يتسلّمها؛ لأنه مفرط فعليه أن يتحمل نتائج تفريطه، ولأن عدم الحضور دلالة على إسقاطه لحقه في الدفاع عن موقفه،

---

(١) رسالة الكرخي في الأصول، ص(١٦٣).

(٢) المغني للخبازي، ص (٢٤٧).

(٣) ترتيب اللآلي، (٢/ ٧٠٣)، قاعدة (١٢٦).

وحيث لم يوجد تصريح بما يعارض هذه الدلالة جاز تنزيلها منزلة التصريح بإسقاط حقه؛ إذ «الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها»[(١)].

-وكذلك الحال في المادة ٦٠، فقرة ٣: حيث بينت الفقرة (١) من المادة ٦٠: أن للمحكوم عليه غيابيًا المعارضة على الحكم لدى المحكمة التي أصدرت هذا الحكم، لكن بيّنت الفقرة (٣) من نفس هذه المادة (٦٠): أنه عند غيابه عن الجلسة الأولى التي حُددت للنظر في معارضته: يسقط حقه في المعارضة، وأهم من هذا: أنه يُعدّ حكمُ المحكمة الابتدائية نهائيًا حينئذٍ.

الموضع العشرون [يتبع: الباب الرابع: حضور الخصوم وغيابهم والتوكيل في الخصومة. الفصل الثاني: غياب الخصوم]:

جاء في اللائحة ٥٧/ ١٣: «للدائرة -عند الاقتضاء- أن تضمّن أمرها بإحضار المدعى عليه جبرًا؛ توقيفه المدة اللازمة التي يُتمكن خلالها من إحضاره، على أن لا تتجاوز خمسة أيام، وفي حال انقضاء المدة دون إحضاره للمحكمة؛ تقوم الجهة المختصة بالكتابة بشكل عاجل إلى الدائرة -أو من يقوم مقامها- للتوجيه بشأنه».

كما جاء في اللائحة ٥٧/ ١٥: «إذا تعذر إحضار المدعى عليه جبرًا، فتكتب الدائرة للجهة المختصة لوضع المدعى عليه على قائمة القبض».

وجه الصلة بالتسريع:

هاتان اللائحتان لهما أثر ظاهر في الحد من استهتار المدعى عليه بالحضور في أنواع محددة من القضايا (وهي المسائل الزوجية والحضانة والنفقة والزيارة ومن

---

(١) ترتيب اللآلي، (٢/ ٧٠٣)، قاعدة (١٢٦).



عضلها أولياؤها)[1]؛ فإذا علم أن غيابه في أحد هذه القضايا قد يترتب عليه إصدار أمر من القاضي بتوقيفه المدة اللازمة لإحضاره إلى المحكمة! وأن هذه المدة قد تصل إلى خمسة أيام! بل لو انتهت المدة فمن حق الدائرة القضائية التوجيه بشأنه، وإذا علم أيضًا أنه إذا لم يقبض عليه سيكون في قائمة سوداء بحيث يكون تحت قائمة القبض، ومتابَعًا في المنافذ ونقاط التفتيش...إلخ، إذا عَلِم بهذه الإجراءات فسيتردد كثيرًا في تعمد المماطلة، ولن يجد مجالًا للتقاعس والإهمال في الحضور.

والذي يمكن اقتراحه: أن يتم إعلان أي إجراء من هذا القبيل في وسائل الإعلام -دون ذكر الأسماء-، وقبل ذلك تتم توعية الناس بهذا الإجراء على نطاق واسع.

وعلى الرغم من الهالة الردعية التي يمكن أن ينالها هذا الإجراء فإنه يرد عليه إشكال، وهو أن نطاق تفعيله محصور بأنواع القضايا الأربعة المذكورة فقط، ولا يخفى أن نسبة الخصومة في هذه الأنواع إلى بقية أنواع القضايا قليلة!

وحيث إن حجب هذا الإجراء عن بقية أنواع القضايا قد يكون عائقا؛ سيأتي التعليق عليه في المبحث الثاني المخصّص لـِ (المواضع التي تحتاج إلى اقتراح بعض الحلول لتفادي جانب التأخير)[2].

---

(١) جاء ذلك في المادة (٥٧)، فقرة (٤).

(٢) وذلك في الموضع السادس من المبحث الثاني.

الموضع الحادي والعشرون [يتبع: الباب الخامس: إجراءات الجلسات ونظامها. الفصل الأول: إجراءات الجلسات]:

جاء في اللائحة ٦١/ ١: «لرئيس المحكمة إكمال نصاب الدائرة، وإذا كانت الدائرة مكونة من قاضٍ فردٍ؛ فله أن يتولاها عند تغيب قاضي الدائرة، أو يكلف أحد قضاة المحكمة بذلك».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه المادة إذا تم تفعيلها بحيث يكون العمل بها هو الأصل سيكون لها أثر ظاهر في معالجة أحد أسباب التأخير، وهو تغيّب القاضي عن موعد الجلسة؛ إذ كثير من الجلسات التي يحصل فيها تغيب عارض يمكن أن ينوب فيها قاضٍ آخر، كأن تكون لإحضار بينة، أو إفادة جهة حكومية، أو إفادة خبير، أو استشارة موكِّل، أو الرد على مذكرة... إلخ، وكل ما هو مؤثر في القضية سيدوّن في الضبط، ويُثبت في ملف القضية بحيث يتسنّى لناظر القضية مراجعته بسهولة لاحقًا؛ ومما يؤكد سهولة ذلك أيضًا: مشروعية الاستخلاف في أحوال كثيرة منصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية[1]، غاية ما في الأمر أن القاضي الذي سيحضر الجلسة نيابةً عن الغائب: إذا نقصته معلومات مهمة لإدارة الجلسة، فيمكنه استيضاحها من ناظر القضية، وستبقى حالات قليلة لا بد فيها من حضور ناظر القضية.

ومن أهم ما جاء في هذه اللائحة: أن رئيس المحكمة هو الذي سينوب عن القاضي المتغيب، أو يشرف على ذلك من خلال تكليف أحد قضاة المحكمة

---

(١) انظر على سبيل المثال المواد: (٣١، ٣٩، ١٠٢، ١٠٦، ١٢٢).



بذلك، وهذا سيجعل للغياب تبعات مؤثرةً في الحدّ من غياب القضاة إلا عند الضرورة.

وقد صدر تعميم حديث من المجلس الأعلى للقضاء، يفصل في آلية العمل بهذه اللائحة، والشاهد منه: «يسوغ لرئيس المحكمة تسمية قاضٍ احتياطي من قضاة المحكمة لكل دائرة من دوائرها ليقوم - إضافة إلى عمله - بعمل رئيسها أو قاضيها أو عضوها عند قيام مانع من حضوره بسبب إجازة أو ندب أو غير ذلك»(١).

والذي يسترعي الانتباه في هذا التعميم: أنه لم يتطرق لما جاء في الشق الأول والثاني من اللائحة (وهو: لرئيس المحكمة إكمال نصاب الدائرة، وإذا كانت الدائرة مكونة من قاضٍ فردٍ؛ فله أن يتولاها عند تغيب قاضي الدائرة)، واكتفى بتفصيل الشق الثالث فقط (وهو: «... أو يكلف أحد قضاة المحكمة بذلك» **والذي يمكن اقتراحه**: أن يكون من خطة رئيس المحكمة - بالإضافة إلى ما جاء في التعميم المذكور - التحوّط للحالات العارضة التي يتغيب فيها بعض القضاة، فيهيئ في جدوله اليومي جزءًا محددًا لذلك، ولاسيما مع قلة قضاة المحكمة، وأيضًا تشمل هذه الخطة الاحتياطية: كل ما يعرض من حالات تستدعي عقد جلسات استثنائية؛ كأن يحضر الخصمان في غير الوقت المعين ويطلبا النظر في خصومتهما (كما في المادة ٤٨)(٢).

---

(١) ورقم التعميم: (٨٩٠/ب، وتاريخه: (١/٦/١٤٣٨هـ، وهو صادر من رئيس المجلس الأعلى للقضاء، وموجه إلى رؤساء المحاكم.

(٢) وقد سبق التعليق عليها في الموضع الثاني عشر من هذا المبحث.

الموضع الثاني والعشرون [يتبع: الباب الخامس: إجراءات الجلسات ونظامها. الفصل الأول: إجراءات الجلسات]:

جاء في المادة ٦٢:

«على كاتب الضبط أن يعد لكل يوم قائمة بالدعاوى التي تعرض فيه مرتبة حسب الوقت المعين لنظرها، وبعد عرض القائمة على القاضي تعلن في اللوحة المعدة لذلك قبل يوم الجلسات».

وجه الصلة بالتسريع:

إعداد كاتب الضبط للقائمة اليومية للدعاوى، وعرضها على القاضي قبل يوم الجلسات؛ له أثر إيجابي في التسريع؛ لأن القاضي سيكون على علم بما سيُعرض في الغد، ومن ثم سيكون عنده فسحة من الوقت للتحضير الذهني لتلك الجلسات، وتكليف أعوانه بتهيئة ما تحتاجه ملفات تلك القضايا من متطلبات في الجلسة.

ومما يمكن اقتراحه: أن يكون هذا الكاتب على درجة عالية من التأهيل بحيث يقوم مقام المستشار والباحث الذي يقوم بإعداد كل ما تتطلبه الجلسة، ولاسيما في الجانب الإجرائي، بحيث يحفظ وقت القاضي ويتركز في دراسة الجانب الموضوعي في الدعاوى.



الموضع الثالث والعشرون [يتبع: الباب الخامس: إجراءات الجلسات ونظامها. الفصل الأول: إجراءات الجلسات]:

جاء في المادة ٦٦:

«على القاضي أن يسأل المدعي عما هو لازم لتحرير دعواه قبل استجواب المدعى عليه، وليس له السير فيها قبل ذلك، وإذا عجز المدعي عن تحريرها أو امتنع عن ذلك، فيحكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه المادة من المواد الاحترازية المفيدة في حفظ وقت القاضي وأعوانه من هدره في جلسات غير منتجة، ومن ثم الاستفادة منه في تسريع القضايا المنتجة؛ إذ توجب على القاضي أن يتحقق أولًا من قيام المدعي بتحرير الدعوى بالشكل الذي يجعلها معلومة وقابلة للصحة في حكم الشرع والعقل والعادة، وإذا اكتشف نقصًا فيها يُخل بذلك: تعين عليه أن يسأل المدعي عما هو لازم لتحريرها ويكمل نقصها، وكل ذلك قبل استجواب المدعى عليه؛ لأنه لا فائدة من إشغاله بدعوى لا جدوى منها، ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل إن المادة تنصُّ أيضًا على أن المدعي إذا عجز عن تحرير دعواه أو امتنع عن ذلك؛ فعلى القاضي أن يحكم بصرف النظر عن الدعوى؛ لئلا تهدر الجلسات في دعاوى لا طائل من ورائها(١).

---

(١) وقد سبق أن عقدت بحثًا فقهيًا عن (أحكام تسبب الخصوم في تأخير صدور الحكم القضائي)، وقد أفرد فيه مطلب مستقل عن (التأخير بسبب كون المدعي غير مؤهل لتحرير الدعوى وتسييرها)، والبحث محكم في مجلة العلوم الشرعية في جامعة الإمام محمد بن سعود، ولكنه قيد النشر.

الموضع الرابع والعشرون [يتبع: الباب الخامس: إجراءات الجلسات ونظامها. الفصل الأول: إجراءات الجلسات]:

جاء في المادة ٦٧:

«إذا امتنع المدعى عليه عن الجواب كليًّا، أو أجاب بجواب غير ملاق للدعوى؛ كرر عليه القاضي طلب الجواب الصحيح ثلاثًا في الجلسة نفسها، فإذا أصرّ على ذلك عدّه ناكلًا بعد إنذاره، وأجرى في القضية المقتضى الشرعي».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه المادة تفيد في سد الطريق أمام بعض الخصوم الذين قد ينجحون في إيهام مجلس التقاضي؛ بأن جوابهم عن الدعوى هو غاية جهدهم، مع أن حقيقة تصرفهم حيدة متعمدة عن الجواب فحسب! لهذا على المدعي أن يكون على درجة عالية من اليقظة عند تحليله لجواب المدعى عليه، فإذا لاحظ أنه لا يلتقي مع الدعوى في محزٍّ واحد فعليه أن يثبت ذلك للقاضي، وأهم من ذلك: أن منطوق هذه المادة ينص على أن هذا من واجبات القاضي؛ إذ المادة لم تفرق بين امتناع المدعى عليه عن الجواب، أو إجابته بجواب لا ينطبق على الدعوى، فعلى كلا التقديرين: على القاضي أن يكرر على المدعى عليه «طلب الجواب الصحيح ثلاثًا في الجلسة نفسها، فإذا أصر على ذلك عدّه ناكلًا بعد إنذاره، وأجرى في القضية المقتضى الشرعي».



الموضع الخامس والعشرون [يتبع: الباب الخامس: إجراءات الجلسات ونظامها. الفصل الأول: إجراءات الجلسات]:

جاء في المادة ٦٨:

«إذا دفع أحد الطرفين بدفع صحيح وطلب الجواب من الطرف الآخر فاستمهل لأجله؛ فللقاضي إمهاله متى رأى ضرورة ذلك، على أنه لا يجوز تكرار المهلة لجواب واحد إلا لعذر يقبله القاضي».

وجاء في اللائحة ٦٨/ ٢:

«إذا لم تقبل الدائرة طلب الاستمهال، وامتنع طالبه عن الجواب فيعامل وفق المادة السابعة والستين من هذا النظام».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه المادة ولائحتها المذكورة تفيدان في قطع الطريق أمام من يريد تطويل أمد التقاضي بالتذرع بالاستمهال مع أنه يضمر التهرب من النكول في الجواب، والاستفادة من المهلة في البحث عن حيلة لتصحيح دفوعه، أو تغيير مسار القضية، أو لمجرد المماطلة؛ لعل الدعوى تشطب بسبب تغيب المدعي، أو لعل القاضي يتغير، أو لعل المدعي يمل من الدعوى...، أو على أقل تقدير لينتفع من بقاء الحق المدعى به في حوزته أكبر قدر ممكن من الوقت؛ فسدًا لذريعة الاستفادة من الاستمهال لتحقيق أحد هذه المفاسد ونحوها: على القاضي أن يكون على درجة عالية من اليقظة؛ إذ الإمهال في الجواب ليس حقًا لطالبه، وإنما يخضع لتقدير القاضي، **وهو مشروط بشرطين:**

أحدهما: أن يرى القاضي كونَ الإمهال ضروريًا.

الثاني: ألا يقبل القاضي تكررَ المهلةِ لجواب واحد إلا إذا اقتنع بمبرر تكرار الإمهال. وإذا كان هذا منطوق المادة المذكورة، فإن لائحتها المذكورة نصت على أحد المفاهيم المخالفة، وهو أن طالب الإمهال إذا أصر على طلبه، على الرغم من عدم قناعة القاضي بمبرره: فإن القاضي يكرر عليه طلب الجواب ثلاثًا، فإن استمر في الامتناع عن الجواب: عدّه ناكلاً بعد إنذاره، وأجرى عليه الأحكام المترتبة على النكول.

الموضع السادس والعشرون [يتبع: الباب الخامس: إجراءات الجلسات ونظامها. الفصل الأول: إجراءات الجلسات]:

جاء في اللائحة ٧١/ ٥:

«إذا أجلت الدائرة النظر في الدعوى إلى جلسة تالية فتُبيّن في الضبط سبب التأجيل وموعد الجلسة التالية ومدتها».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه اللائحة لها أهمية في التسريع؛ وتكمن أهميتها إذا أولاها التفتيش القضائي ورؤساء المحاكم عنايةً خاصةً، وجعلوها من أولوياتهم في متابعة أعمال القضاة، وأضافوا لها الالتزام بالبدء بالجلسة في موعدها المحدد، وأن يتم فيها كامل الغرض الذي عقدت من أجله دون الحاجة إلى إكماله في جلسة لاحقة؛ لأن القاضي إذا علم أن الأصل في أي جلسة أن يتم الغرضُ الذي عقدت من أجله في وقتها المحدد، بل الأصل أن تبدأ في موعدها الفعلي، وأن أي تأخير في البدء بها، أو تأجيل لها بالكامل أو لبعض متطلباتها لابد أن يكون له مبرر مقنع - فإذا علم القاضي بذلك - وأنه لابد أن تكون مبررات التأجيل مقنعة للتفتيش القضائي

ولرئيس المحكمة - فسيدقق أكثر في تلافي الأسباب غير المقنعة في التأجيل، ويبذل جهدًا أعلى في الالتزام بالموعد المحدد لبدء الجلسة، وفي الانتهاء من كامل الغرض الذي عقدت الجلسة من أجله، **وأهم من ذلك كله**: ينبغي أن تُهيَّأ للقاضي الظروف المناسبة للوفاء بهذه الالتزامات، وفي مقدمتها تقليل عدد الجلسات، ومنحه الوقت الكافي لدراستها، وتهيئة الأعوان الفاعلين الذين يحملون عنه الأعباء الإدارية والإجرائية، بحيث يتمكن بسهولة من تركيزه في الجلسة على تحقيق الغرض منها، وليس مجرد الوفاء الشكلي بالمتطلبات التي تفرضها عليه السلطات القضائية، كما ينبغي على السلطات القضائية أن تكون مرنةً في سلطتها الرقابية على الجوانب الإجرائية إذا أثبت القاضي مهارته في القدرة على تحقيق الغرض منها بإجراءات أخرى أكثر ملاءمةً لمواهبه، وللظروف الزمانية والمكانية والحالية للدعوى، **والمعيار الرئيس في ذلك كله مؤشرات الإنتاج لدى هذا القاضي**.

الموضع السابع والعشرون [يتبع: الباب الخامس: إجراءات الجلسات ونظامها. الفصل الأول: إجراءات الجلسات]:

جاء في المادة ٧٢:

«يجوز تدوين بيانات صحف الدعاوى والتبليغات ومحاضر الدعاوى والإنهاءات وغير ذلك إلكترونيًّا، ويكون لها حكم المحررات المكتوبة، وفقًا لنظام التعاملات الإلكترونية».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه المادة إذا تم تفعيلها بالشكل المطلوب سيكون لها أثر كبير في تسريع التقاضي؛ لأن التدوين الالكتروني إذا كان له حكم المحررات المكتوبة؛ فيمكن تفعيله في أمرين مهمين:

الأمر الأول: اختصار أوقات المراسلات، وفي مقدمتها المخاطبات القضائية والتبليغات؛ **ومن صور ذلك**: المخاطبات بين قاضي الموضوع وكل من يتراسل معه، ولاسيما رئيس المحكمة وقاضي الاستخلاف، والخبير، والدوائر الحكومية المعنية، **ومن الصور أيضًا**: تبليغ الخصوم بمواعيد الجلسات، وأيضًا نقل التبليغ إلى المحكمة التي يقع التبليغ في نطاق اختصاصها... إلخ، فكل هذه المراسلات ونحوها إذا تمت إلكترونيًا فستفيد في تقليص أمد التقاضي بشكل كبير.

الأمر الثاني: تهيئة متطلبات الجلسة قبل موعد انعقادها، وفي مقدمة ذلك: تسليم المذكرات للدائرة القضائية، وتبادلها بين الخصوم، وتهيئة ما تحتاجه الجلسة من مستندات تتضمن إفادة جهة حكومية، أو إفادة خبير، ونحو ذلك.

فإذا تم تفعيل هذه المادة بالشكل المطلوب ستقل أو تغيب عن أنظارنا كثير من العبارات المتكررة التي لا يجد القاضي بدًّا من رفع الجلسة بسببها؛ مثل: (وبعرض المذكرة على الخصم طلب مهلة للإجابة، وعليه رفعت الجلسة إلى تاريخ...)، ومثل: (وبعرض المذكرة على الوكيل طلب مهلة للرجوع إلى الموكِّل)، أو (وبعرض المذكرة على الشريك طلب مهلة للرجوع إلى بقية الشركاء)، ومثل: (وقد سبق أن كتبنا إلى سعادة مدير الجهة الحكومية الفلانية (أو قاضي الاستخلاف، أو الخبير...) ولم تصلنا الإفادة حتى تاريخ هذه الجلسة)، ونحو ذلك من أسباب تمديد أمد التقاضي.



الموضع الثامن والعشرون [يتبع: الباب الخامس: إجراءات الجلسات ونظامها. الفصل الأول: نظام الجلسات]:

جاء في المادة ٧٣، الفقرة ٣:

«تنظر المحكمة التي أصدرت الحكم دعوى التعويض عن الأضرار الناتجة من المماطلة في أداء الحقوق محل الدعوى».

وجاء في المادة ٨٤: «للمدعى عليه أن يقدِّم من الطلبات العارضة ما يأتي:...

ب - طلب الحكم له بتعويض عن ضرر لحقه من الدعوى الأصلية، أو من إجراء فيها».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه الفقرة تدل على أن من حقّ المتضرر من المماطلة المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن المماطلة، وهذه من الأمور المهمة في معالجة أحد أسباب التأخير، وهو مماطلة المدعى عليه؛ ولكنها تحتاج إلى إبراز وإعلان، فيحسن لإدارة المحكمة أن تعلن عن ذلك في مكان بارز في المحكمة، كما يناسب أن تعلن الدائرة القضائية في أول جلسة أنها ستكون حازمة مع كل من تثبت مماطلته، كما ينبغي الإعلان في وسائل الإعلام عن الأحكام التي تثبت على المماطلين. ومما يمكن اقتراحه: أن تكون بدون ذكر الأسماء في المرة الأولى، وإذا تكرر الحكم عليه بالتعويض عن المماطلة في قضية أخرى: فيعلن عن الحكم الثاني متضمنًا اسمه صراحةً؛ زيادةً في تعزيره، وليكون الناس على بينة من حاله عند التعامل معه.

الموضع التاسع والعشرون [يتبع: الباب التاسع: إجراءات الإثبات.

الفصل الأول: أحكام عامة]:

جاء في المادة ١٠١: «يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها أثناء المرافعة: متعلقةً بالدعوى، منتجةً فيها، جائزًا قبولها». وقد تكررت هذه الشروط أو بعضها في عدة مواد أخرى(١).

وجه الصلة بالتسريع:

هذه المادة موجهة إلى القاضي بشكل مباشر؛ ولأهميتها صدرت بكلمة: (يجب)؛ إذ الشأن في القاضي أن يكون حذرًا من أن يكون طلب الإمهال لإثبات أي واقعة بقصد المماطلة فحسب، وإعمالًا لهذا المقصد: يجب على القاضي قبل قبوله طلب الإمهال أن يتحقق من ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى؛ منعًا لانتشار الدعوى، وخروجها عن مسارها.

الشرط الثاني: أن تكون هذه الوقائع منتجة في الدعوى، بحيث لو صحت يمكن أن يحصل بها الإثبات؛ منعًا من الانشغال بإثبات أمور لا أثر لها في الحكم.

الشرط الثالث: أن تكون هذه الوقائع جائزة الوقوع؛ لأن الإمهال بدعوى إثبات وقائعَ ممتنعةِ الوقوعِ عقلًا عبثٌ، والامتناع كما يتناول الممتنع عقلًا، يشمل

(١) من هذه المواد: المادة (١٢١)؛ حيث جاء فيها أن قبول القاضي لطلب الخصم بإثبات أي واقعة مشروط بقناعة المحكمة بأن تلك الواقعة جائزة الإثبات.
ومنها: (١٥٢)؛ حيث اشتُرط في الأمر بالتحقيق بشأن التزوير: أن يكون الادعاء بالتزوير منتجًا.



أيضًا الممتنع عادةً؛ إذ من القواعد المقررة: أن «الممتنع عادةً كالممتنع حقيقةً»(١).

الموضع الثلاثون [يتبع: الباب التاسع: إجراءات الإثبات. الفصل الأول: أحكام عامة]:

جاء في المادة ١٠٣:

«للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات، بشرط أن تبيّن أسباب العدول في الضبط. ويجوز لها كذلك ألا تأخذ بنتيجة الإجراء، بشرط أن تُبيِّن أسباب ذلك في حكمها».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه المادة تفيد في الحدّ من توسع بعض القضاة في الأمر بإجراءاتِ إثباتٍ غيرِ مدروسة: فإذا أمرت المحكمة بإجراءات إثبات، ثم عدلت عن أمرها، أو تمت الإجراءات المطلوبة بالفعل، ولكن المحكمة لم تأخذ بنتيجة هذه الإجراءات؛ فعلى كلا التقديرين يشترط على المحكمة أن تبيّن الأسباب، وهذا يحدّ من مبالغة بعض القضاة من التحوّط في الإثبات، وتمديد أمد التقاضي بإجراءات إثبات تخمينية، ويدفعه في المقابل إلى عدم المطالبة بأي إجراء إلا بعد القناعة التامة بجدواه؛ لأنه إذا لم يعمل بموجبه ستعود تبعاته على القاضي نفسه، بحيث يشترط عليه أن يبيّن أسباب تمديد أمد التقاضي بإجراءات غير منتجة؛ سواءً تمَّ هذا الإجراء الذي أمر

---

(١) انظر من كتب القواعد: ترتيب اللآلي في سلك الأمالي، (٢/ ١٠٧٤)، قاعدة (٢٣٤)، مجلة الأحكام العدلية وشرحها للأتاسي، (١/ ٨٨)؛ وانظر من كتب الفقه: الدّرر شرح الغرر، (٢/ ٣٦٢)؛ تبيين الحقائق، (٥/ ١٠).

به، ولم يأخذ بنتيجته، أو أوقف المضي قدمًا في تحصيله[1].

الموضع الحادي والثلاثون [يتبع: الباب التاسع: إجراءات الإثبات.

الفصل السابع: الكتابة]:

جاء في المادة ١٤٠:

«للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشية وغير ذلك من العيوب المادية في الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات.

وإذا كانت صحة الورقة محل شك في نظر المحكمة؛ جاز لها أن تسأل الموظف الذي صدرت منه أو الشخص الذي حرّرها ليبدي ما يوضح حقيقة الأمر فيها».

وجه الصلة بالتسريع:

يلاحظ في هذه المادة كون المنظم قيَّد التحققَ من صحة ورقة الإثبات بأن تكون محلَّ شكٍ في نظر المحكمة، وليس مجرد الاحتمال، ومن المعلوم أن الشك إنما يحصل عند التردد بين احتمالين متقاربين سواءً تساويا أم فضل أحدهما بقدر يسير بحيث يبقى التردد واردًا؛ قال ابن القيم (ت٧٥١هـ): «حيث أطلق الفقهاء لفظ الشك؛ فمرادهم به التردد بين وجود الشيء وعدمه سواءً تساوى الاحتمالان أو رجح أحدهما»[2]، ويفهم من هذا القيد أن عدم صحة الورقة إذا كان مجرد احتمال ضعيف في مرتبة الوهم ولم يرتقِ للشك فلا أثر له؛ إذ من القواعد المقررة:

---

(١) وقد سبق أن عقدت بحثًا فقهيًا عن (أحكام تأخير القاضي لحكمه)، وقد أفرد فيه مبحث مستقل عن (التأخير بسبب مبالغة القاضي في الاحتياط لاستجلاء الحقيقة)، والبحث محكّم في مجلة العلوم الشرعية في جامعة الإمام محمد بن سعود، ولكنه قيد النشر.

(٢) بدائع الفوائد، (٤/ ٢٦).



«النادر لا حكم له»[1]، وأيضًا من القواعد: أنه «لا عبرة للتوهم»[2]، ولأن القاضي لو بنى على مثل هذه الاحتمالات الموهومة فسيؤثر ذلك في تطويل أمد التقاضي في أمور لا طائل من ورائها - في الغالب - سوى زيادة الطمأنينة في صحة الورقة فحسب.

الموضع الثاني والثلاثون: [يتبع: الباب العاشر: الأحكام. الفصل الأول: إصدار الأحكام]:

جاء في اللائحة ١٧٠/ ٢:

«للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ المعجل؛ أن توجب على طالب الإيقاف تقديم ضمان، أو كفيل غارم مليء، أو تأمر بما تراه كفيلًا بحفظ حق المحكوم له».

وهناك مواد أخرى مشابهة لهذه اللائحة من جهة تقديم الضمان أو الكفيل أو التأمين؛ مثل المواد: ١٨١، و١٩٦، و٢٠٢، و٢٠٨، حيث تجيز المادتان (١٩٦ و٢٠٢) للمحكمة أن تجبر طالب وقف التنفيذ على تقديمِ ضمانٍ أو كفيلٍ غارمٍ مليءٍ. كما تشترط المادة ٢٠٨ على من يطلب منع خصمه من السفر أن يقدم تأمينًا لتعويض المدعى عليه متى ظهر أن المدعي غير محق في دعواه.

---

(١) انظر هذه القاعدة في: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، (٣/ ٥٣)؛ الأشباه لابن السبكي، (٢/ ١٢٦، ١٣٤)؛ الموافقات، (٣/ ٢١٢)؛ المنثور، (٣/ ٢٤٦)؛ فتح القدير، (٥/ ٢٧٣).

(٢) انظر: المحصول للرازي، (٢/ ٣٩٨)؛ البحر المحيط، (٥/ ٢٠٨)؛ التلويح إلى كشف حقائق التنقيح، (٢/ ٢١١)؛ إرشاد الفحول، (١/ ١٢٩)؛ مجلة الأحكام العدلية مع شرحها للأتاسي، (١/ ٩٧)، مادة (٤٢).

وجه الصلة بالتسريع:

هذه اللائحة تحتاج إلى تفعيل واهتمام من قبل المحكمة، بحيث يكون الإجبار بتقديم الضمان أو الكفيل الغارم هو الأصل؛ لكي لا يتخذ الخصم مطالبتَهُ بإيقافِ التنفيذِ وسيلةً للتأخير المتعمد، فإذا كان واثقًا في طلبه ومحتاجًا له سيأتي بالضمان أو الكفيل، وإن كان هدفه مجرد الاستفادة من فرصة التأجيل فحسب؛ فلن يجد طريقه معبّدًا.

الموضع الثالث والثلاثون [يتبع: الباب الحادي عشر: طرق الاعتراض على الأحكام الفصل الثاني: الاستئناف]:

جاء في المادة ١٨٥، فقرة ١:

«جميع الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى قابلة للاستئناف، باستثناء الأحكام في الدعاوى اليسيرة التي يحددها المجلس الأعلى للقضاء».

وجه الصلة بالتسريع:

ورد النص في الفقرة المذكورة على أن الدعاوى اليسيرة غير قابلة للاستئناف، وهذا إجراء إيجابي؛ لأنه يسرع في البت فيها من جهة، ويخفف من الضغط على محاكم الاستئناف من جهة أخرى.

وتجدر الإشارة إلى أنه صدر قرار من المجلس الأعلى للقضاء، وعلى إثره صدر تعميم من رئيس المجلس الأعلى للقضاء، لتحديد القضايا اليسيرة التي لا تقبل



الاستئناف، وهي التي لا تزيد قيمتها عن ٢٠ ألف ريال[١].

جاء في المادة ١٨٥، فقرة ٣:

«للمحكوم عليه بحكم قابل للاستئناف أن يطلب - خلال المدة المقررة نظاماً للاعتراض - الاكتفاء بطلب التدقيق من محكمة الاستئناف دون الترافع أمامها، ما لم يطلب الطرف الآخر الاستئناف. وفي جميع الأحوال يجوز لمحكمة الاستئناف نظر الدعوى مرافعة إذا رأت ذلك».

وجه الصلة بالتسريع:

الفقرة المذكورة جعلت للمحكوم عليه خيارًا مفيدًا في اختصار وقت الاستئناف؛ حيث أجازت له الاكتفاء بطلب تدقيق الحكم دون استئناف الترافع أمام محكمة الاستئناف، وهذا له أثر في اختصار أمد التقاضي؛ لأن المرافعة أمام الاستئناف تتطلب وقتًا قد لا يقل عن المرافعة الابتدائية، وهذا حق للمحكوم عليه، فإذا تنازل عنه تقدّم وقت إصدار الحكم، وترحّل الوقت الذي كان من المتوقع أن يُصرف في الاستئناف إلى قضايا أخرى.

(١) ورقم قرار المجلس الأعلى للقضاء: (١٠٠/ ٢/ ٣٨)، وتاريخه: (١٤/ ٧/ ١٤٣٨هـ، أما تعميم رئيس المجلس فرقمه: (٩١٢/ ت)، وتاريخه: (١/ ٨/ ١٤٣٨هـ. حيث يقضي التعميم بتشكيل دوائر جزئية في المحاكم العامة، ينحصر اختصاصها بنظر الدعاوى المالية الداخلة في اختصاص المحكمة العامة التي لا تزيد قيمتها عن (٢٠) ألف ريال.

وعلى أهمية هذا التعميم يرد عليه إشكال تطبيقي، وسيأتي الحديث عنه في المبحث الثاني.

الموضع الرابع والثلاثون [يتبع: الباب الحادي عشر: طرق الاعتراض على الأحكام الفصل الثاني: الاستئناف]:

جاء في اللائحة ١٨٦/ ٢:

«يجوز أن يضاف إلى الطلب الأصلي الأجور - وما يزيد من التعويضات التي تستحق - بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى».

وجه الصلة بالتسريع:

هذه اللائحة تفيد في الحد من الدفوع الكيدية التي تحصل بعد الحكم الابتدائي؛ فإذا علم المدعى عليه أن استمراره في المماطلة واستنفاد ما لديه من دفوع مُخْتَلَقَةٍ قد يترتب عليه زيادة في الأجور أو التعويضات المحددة في الحكم الأصلي والتي نشأت بعد الاعتراض - إذا عُلم بذلك - فهذا سيجعله يعيد حساباته، ويتردد كثيرًا قبل المضي قدمًا في تطويل أمد التقاضي بتقديم لائحة اعتراضية يعلم سلفًا كذبها.

الموضع الخامس والثلاثون [يتبع: الباب الثاني عشر: القضاء المستعجل]:

عُقد باب مستقل عن القضاء المستعجل، وهو مكون من ١٣ مادة، كما وجدت مواد متفرقة تختص بالدعاوى المستعجلة، والتنفيذ المعجل[١].

---

(١) مثل مادة (١٢٠، ١٤٨/ ٣، ١٦٩).

وجه الصلة بالتسريع:

إفراد الدعاوى المستعجلة في باب مستقل، يعد من مزايا نظام المرافعات الشرعية؛ فأي دعوى طبيعتها الاستعجال تحتاج إلى إجراءات استثنائية لتعجيل البت فيها؛ وهذا ما حصل في هذا الباب؛ حيث حُدِّد في المادة ٢٠٦ منه جميع الدعاوى التي تصنف على أنها مستعجلة، كما اشتملت المواد الأخرى على جميع الإجراءات التي تحتاجها هذه الدعاوى ليكون القضاء فيها مستعجَلًا.

المبحث الثاني
المواضع التي تحتاج إلى اقتراح بعض الحلول
لتفادي التأخير المتوقع في نظام المرافعات الشرعية

الموضع الأول [يتبع: الباب الأول: أحكام عامة]:

جاء في المادة ١٢:

«لا يجوز إجراء أي تبليغ في مكان الإقامة قبل شروق الشمس ولا بعد غروبها، ولا في أيام العطل الرسمية، إلا في حالات الضرورة وبإذن كتابي من القاضي».

وجه الصلة بالتأخير:

تقييد وقت التبليغ بالنهار يمكن تفهمه - إلى حدٍّ ما - إذا كان التبليغُ من المحضرّين الرسميّين؛ لأن دوامهم الرسمي في النهار، ولكن المادة الحادية عشرة أجازت تولي التبليغ من قبل طرفين آخرين؛ هما طالب التبليغ، والقطاع الخاص، وهذان الطرفان وقتهما مفتوح، بل قد تكون الفترة المسائية هي الأنسب لهما وللمدعى عليه؛ فهي الأنسب للمدعى عليه لكونها أبعد عن إحراجه أثناء عمله، وأنسب أيضًا لطالب التبليغ إذا اختار التبليغ بنفسه؛ لأنه في النهار غالبًا ما يكون مشغولًا بدوامه الرسمي، وأيضًا أنسب للقطاع الخاص؛ لأن الغالب في الشركات أنها تفضل الزيادة في ساعات العمل - ولو امتدت للمساء - لتوفير الأعباء المالية الناتجة عن زيادة عدد الموظفين.

والاستثناء الوارد في نهاية المادة (... إلا في حالات الضرورة وبإذن كتابي من



القاضي) يمكن أن يجد القاضي فيه مندوحةً، بحيث يعمله فيما إذا كان المبلغُ محضرَ المحكمة؛ لأن الأصل تيسر قيامه بالتبليغ وقت النهار؛ لأنه وقت دوامه الرسمي، فلا يمتد الوقت إلى المساء إلا للضرورة، بخلاف ما لو كان التبليغ من طالب التبليغ أو من القطاع الخاص، فمتى طلبا من القاضي الإذن لهما بالتبليغ في المساء فالأصل الإذن؛ لأن حصره في النهار فيه مشقة غير معتادة عليهما، ومن القواعد الكبرى المشهورة أن: (المشقة تجلب التيسير)(١)، ولأن هذه حاجة عامة، فتأخذ حكم الضرورة الخاصة، ومن القواعد المقررة: أن (الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة)(٢).

وقبل الانتهاء من التعليق على هذه المادة تجدر الإشارة بأنه وردت لائحة تنفيذية لمادة لاحقة، تجيز التبليغ في أي وقت ليلًا أو نهارًا بشرط أن يكون التبليغ إلكترونيًا، وكان الأولى أن ترد الإشارة إلى تلك اللائحة عند تفسير هذه المادة، ورقم تلك اللائحة، ونصها: «٧٢/ ١ إذا كان التبليغ إلكترونياً؛ فيجوز إجراؤه في أي وقت».

---

(١) انظر: : المنثور (٢/ ١١٩)؛ ترتيب اللآلي، (٢/ (٨٧١)، قاعدة (١٧٢)؛ مجلة الأحكام العدلية، مادة (٨٧)؛ وشرحها للأتاسي، (١/ ٢٤٥).

(٢) انظر: البرهان للجويني، (٢/ ٦٠٦)، فقرة (٩١٠)؛ الأشباه والنظائر لابن الوكيل، (٢/ ٣٧٠)؛ المنثور، (٢/ ٢٤).

الموضع الثاني [يتبع: الباب الأول: أحكام عامة]:

جاء في المادة ١٨:

«في جميع الحالات المنصوص عليها في المادة (السابعة عشرة) من هذا النظام، إذا امتنع المراد تبليغه - أو مَنْ ينوب عنه - مِن تسلُّم الصورة أو من التوقيع على أصلها بالتسلّم، فعلى المحضّر أن يثبت ذلك في الأصل والصورة، ويسلم الصورة للإمارة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إقامة الموجه إليه التبليغ أو الجهة التي تعينها الإمارة، وعلى المحضر كذلك أن يبين ذلك في حينه بالتفصيل في أصل التبليغ، ويعد التبليغ منتجًا لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه».

وجه الصلة بالتأخير:

ورد في نهاية المادة: تقييد كون التبليغ منتجًا لآثاره بـ (وقت تسليم صورة التبليغ إلى من سلمت له)، وورد في منتصف المادة أنه في حال امتناع المراد تبليغه عن قبول التبليغ فإن الصورة تسلم للإمارة أو الجهة التي تعينها الإمارة، **ووجه التأخير**: أن تعليق نفاذ التبليغ على وقت استلام الإمارة يعد إجراء إضافيًّا يحتاج إلى مزيد من الوقت، ثم إن الموظف المختص بالاستلام في الإمارة قد يكون مجازًا، أو لا يكون حاضرًا وقت وصول محضّر المحكمة إلى مكتبه، أو قد يكون مشغولًا بمعاملات أخرى يصعب من خلالها انتظار المحضر له حتى يفرغ... والاحتمالات التي من هذا القبيل كثيرة؛ وأهم من ذلك كله أن المعني بالإعلام هو الشخص المراد تبليغه، وحيث حصل علمه مشافهة؛ فالأولى الاعتداد بتاريخ علمه، لا باستلام الإمارة لصورة التبليغ!

ومما يعضد ذلك: أنه جاء في اللائحة ١٤/ ٢ ما يدل على أنه عند استلام ورقة

التبليغ يكون التبليغ نافذًا؛ حتى لو امتنع عن التوقيع على الاستلام - وقد سبق التعليق على ذلك في المبحث الأول - فما المانع أن يكون التبليغ نافذًا - أيضًا - حتى لو امتنع عن استلام ورقة التبليغ؛ بجامع التبليغ الشفهي في كل منهما؟

والذي يمكن اقتراحه: أن يكون التبليغ نافذًا من لحظة تبليغه مشافهةً لمن يُراد تبليغه، وقضية توثيق الاستلام يمكن أن تحصل بمحضر يحرّره المحضّر وقت رفض الاستلام، وهو مستأمن على عمله، ولمزيد من التوثيق ليس هناك ما يمنع أن يكون التبليغ من قبل شخصين بحيث يقومان مقام الشاهدين، أو ثلاثة (مبلغ، وشاهدان على التبليغ)[(١)].

وهذا لا يمنع من تسليم صورة ورقة التبليغ للإمارة، ولكن يدون على الصورة تاريخ التبليغ الشفهي، وليس تاريخ استلام الإمارة.

ومما يمكن اقتراحه: أن يفعّل هذا التسليم للإمارة بطريقة يكون لها مردود إيجابي على احترام قرارات السلطة القضائية، وتسريع نيل أصحاب الحقوق حقوقهم، وهذه الطريقة هي: أن يكون التسليم للإمارة بقصد الإعلام والمتابعة، بحيث يوضع الممتنع عن الاستلام في قائمة سوداء، وحال تكرر امتناعه عن استلام صورة التبليغ، أو عن حضور الجلسات بلا عذر، أو عن تنفيذ الأحكام القضائية النهائية، ونحو ذلك من التصرفات التي تدل على عدم اكتراثه بالسلطة القضائية؛ فيتم التعامل مع تصرفه على أنه (جريمة هروبٍ من السلطة القضائية، وتمرد على قراراتها)، يستحق على إثرها الإحالة إلى النيابة العامة، للمطالبة بتعزيره.

(١) انظر: المغني، (١٤/ ٤١)، حيث جاء فيه: أن الحاكم يبعث من ينادي على بابه بحضرة شاهدي عدلٍ.

الموضع الثالث [يتبع: الباب الأول: أحكام عامة]:

جاء في المادة ٢٠:

«إذا كان مكان التبليغ داخل المملكة - خارج نطاق اختصاص المحكمة - فترسل الأوراق المراد تبليغها من هذه المحكمة إلى المحكمة التي يقع التبليغ في نطاق اختصاصها».

وجه الصلة بالتأخير:

لا يخفى أن نقل أي ورقة رسمية من دائرة حكومية إلى دائرة أخرى - وفي مدينة أخرى - يحتاج إلى إجراءات كثيرة يتبعها وقت طويل؛ كتوقيع مدير المحضّرين، ورئيس المحكمة، وموظف الصادر، ثم نقلها بالبريد، ثم تسجيلها في وارد المحكمة الأخرى...إلخ، ولا شك أن هذا التأخير سيزيد في مدة التقاضي.

ومما يمكن اقتراحه لتفادي هذا التأخير:

١. أن يتم الربط بين جهات التبليغ في محاكم المملكة بنظام إلكتروني واحد، بحيث تنقل صورة بيانات التبليغ فورًا من مدير التبليغ في المحكمة الأولى إلى مدير التبليغ في المحكمة الأخرى.

٢. أن يتم تفعيل طريقتي التبليغ الأخرى، وهما طالب التبليغ والقطاع الخاص، وعندما يتولاها القطاع الخاص فمن المتعين أن يكون منوطًا بشركة واحدة فقط؛ حتى يسهل تنسيقها بين موظفيها في جميع المحاكم.



الموضع الرابع [يتبع: الباب الثاني: الاختصاص. الفصل الأول: الاختصاص المكاني]:

عُقد بابٌ مستقل بعنوان (الاختصاص) وهو الباب الثاني من نظام المرافعات، ومما ورد في نهايته: ما جاء في نهاية المادة ٤٠:

«... وعند التنازع على الاختصاص المكاني - إيجابًا أو سلبًا - تُحال الدعوى إلى المحكمة العليا للفصل في ذلك»، كما وردت مواد أخرى تتعلق بتنازع الاختصاص(١).

وجه الصلة بالتأخير:

الحكمُ بعدم الاختصاص - وما قد ينتج عنه أحيانًا من تنازع في الاختصاص بين المحاكم - أحدُ أسباب التأخير المؤرقة لصاحب الحق، ولاسيما إذا جاء الحكم بعدم الاختصاص بعد عدة جلسات قد تستمر أحيانًا لسنوات، ولا شك أن تأخرَ صاحب الحق في معرفة المحكمة التي تدخل دعواه في اختصاصها تأخيرٌ مؤرق لصاحب الحق، ومن باب أولى إذا مضت المحكمة قدمًا في نظر الدعوى، ثم لمجرد تغيّر القاضي، أو لأي سبب آخر؛ تعود الدعوى إلى البداية عند حكم القاضي بعدم الاختصاص، وأيضًا: في ذلك هدر للمال العام طيلة الجلسات السابقة، وأشد ضررًا على صاحب الحق: إذا كان هناك تنازع في الاختصاص بين المحاكم؛ لأن صاحب الحق سيبقى حائرًا فيمن ستقام الدعوى عنده، وسيزيد أمد نيله للحق بشكل غير معهود في الدعاوى، دون أن يكون له يد في ذلك.

---

(١) مثل المواد: (٧٦، ٧٨، ١٨١، ١٩٢).

ومما يمكن اقتراحه للتقليل من آثار التأخير الناتجة عن الحكم بعدم الاختصاص أو التنازع فيه ما يلي:

١. أن تكون هناك دورات نوعية وعملية للقضاة الجدد عن (الاختصاص القضائي).

٢. أن يكلف المجلسُ الأعلى للقضاء لجنةً من القضاة وأهل الاختصاص بشرحٍ مدعمٍ بالأمثلة التطبيقية لباب الاختصاص، وكل ما يتصل به من مواد في نظام المرافعات والأنظمة الأخرى ذات الصلة.

٣. أن تصدر المحكمة العليا مدونةً خاصةً بجميع أحكامها المتعلقة بقضايا تنازع الاختصاص بين المحاكم، وأن تُحدَّث هذه المدونة بشكل دوري بحيث يضاف لها ما يستجد من أحكام، وينشر هذا التحديث بشكل سريع في مجلة الوزارة، ثم يضاف إلى المدونة عند تجديد طباعتها.

٤. أن تكون أول مهمة للقاضي عند رفع الدعوى إليه: الحكم بالاختصاص أو عدمه.

٥. أن تكون هناك عناية خاصة لدى محاكم الاستئناف والمحكمة العليا بالقضايا المتعلقة بالاختصاص، وأن تُخصص لها دوائرُ مستقلةٌ بحيث تتعامل معها كقضايا مستعجلة، ولها آلية سهلة وسريعة؛ لأن عدم وضوح الاختصاص في بعض الدعاوى عبء إضافي زائد وغير معهود في الدعاوى العادية، فيحتاج إلى بتٍّ سريعًا ليعيد هذا النوع من الدعاوى إلى المسار الصحيح في ركب الدعاوى المعهودة.

الموضع الخامس [يتبع: الباب الرابع: حضور الخصوم وغيابهم والتوكيل في الخصومة. الفصل الأول: الحضور والتوكيل في الخصومة]:

جاء في المادة ٥١:

«كل ما يقرره الوكيل في حضور الموكِّل يكون بمثابة ما يقرره الموكِّل نفسه، إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية في الجلسة نفسها. وإذا لم يحضر الموكِّل فلا يصح من الوكيل الإقرار بالحق المدعى به، أو التنازل، أو الصلح، أو قبول اليمين، أو توجيهها، أو ردها، أو ترك الخصومة، أو التنازل عن الحكم - كليًّا أو جزئيًّا - أو عن طريق من طرق الطعن فيه، أو رفع الحجر، أو ترك الرهن مع بقاء الدين، أو الادعاء بالتزوير أو رد القاضي أو اختيار الخبير أو رده؛ ما لم يكن مفوضًا تفويضًا خاصًا بذلك في الوكالة».

وجاء في اللائحة ٥١/١: «التوكيل بالخصومة يخوّل الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لمتابعة الدعوى والمرافعة والمدافعة والإنكار؛ عدا ما نصت عليه هذه المادة، أو استثناه الموكل».

وجه الصلة بالتأخير:

أن الأمور المستثناة التي يمنع الوكيل من إجرائها بدون توكيل صريح من الموكل، تمثل جل أعمال التقاضي، وهذا يمكن أن يستغله الموكل ووكيله في المماطلة وكثرت الاستمهالات، كلما سنحت لهما الفرصة، ومع ذلك فهي أمور جوهرية ومن حق الموكل التحوّط فيها، ولكن يمكن تحقيق ذلك مع تضييق فرص استغلالها في المماطلة، ومن وسائل ذلك:

١. أن ينص على جميع هذه المستثنيات في الصيغة الاعتيادية التي تكون جاهزةً في

كتابة العدل، ومن حقِّ الموكل حذف ما شاء منها، ولكن يعلم أنه إذا استثنى إجراءً فيتعين عليه الحضور أصالةً عند الحاجة إلى هذا الإجراء، أو إصدار وثيقة وكالة أخرى بخصوصه.

٢. إذا حددت المحكمة جلسة يتعيّن فيها قيام الوكيل بأحد هذه الإجراءات؛ فعليها إعلامه بإحضار وثيقة وكالة جديدة تتضمن الإجراء، أو حضور الموكِّل بنفسه، وإلا يعامل معاملة الذي بلغ لشخصه أو وكيله ولم يحضر، بحيث تحكم المحكمة في الدعوى، ويُعدّ حكمها في حق المدعى عليه حضوريًّا؛ وفقًا للفقرة ٢ من المادة ٥٧.

الموضع السادس [يتبع: الباب الرابع: حضور الخصوم وغيابهم والتوكيل في الخصومة. الفصل الثاني: غياب الخصوم]:

جاء في المادة ٥٧، فقرة ٤:

«٤-إذا تخلف المدعى عليه في المسائل الزوجية والحضانة والنفقة والزيارة ومن عضلها أولياؤها، فللمحكمة أن تأمر بإحضاره جبرًا وفق ضوابط تحددها لوائح هذا النظام».

وجه الصلة بالتأخير:

يلاحظ على هذه الفقرة من المادة بأنه روعي فيها قضايا مختارة في الأحوال الشخصية تمس الحاجة إلى سرعة البت فيها، ولكن مثار الإشكال في حصر نفاذها في الصور المذكورة، على الرغم من وجود حالات أخرى يصعب البت فيها بدون حضور المدعى عليه بشخصه أو وكيله، ومن صور ذلك (الواقعية): أن تكون الدعوى من ورثة الميت الثاني في عقار تحت يد أحد ورثة الميت الأول، ولديه

صك قديم غير مسجل في الحاسوب، وليس عند المدعي صورة منه، كما أن ورثة الميت الأول لم يخرجوا شهادة وفاة لمورثهم ولا صكًا بحصر الورثة، والمدعي ليس معنيًا بالمطالبة بإخراج أي من هذه الوثائق؛ لأنه ليس من بين الورثة المباشرين، كما أنه يصعب عليه إحضار بينة بإثباتها؛ لكونه بعيد الصلة عن الميت الأول، وهذا يعيق القاضي عن الحكم عند غياب المدعى عليه؛ لأن مبدأ إقامة الدعوى من الأساس متوقف على استخراج شهادة الوفاة، وصك حصر ورثة الميت الأول، وإثبات ملكيته للعقار، وهذا يحتاج إلى إجراءات طويلة بدون حضور المدعى عليه أو وكيله، وبما أنه يرفض الحضور والتوكيل؛ فما المانع من إحضاره بالقوة الجبرية!

نعم جاء في اللائحة ٧٥/ ٤: أن «٥٧/ ٤ للمحكمة - عند الاقتضاء - أن تأمر بإيقاف خدمات الممتنع عن الحضور لدى الجهات الحكومية»، وهذا مفيد في كثير من الأحوال، لكن قد يكون المدعى عليه كبيرًا في السن، وجميع الخدمات التي يحتاجها باسم أولاده مما يجعل إيقاف خدماته غير مثمر.

وقد يقال: إن بقية الأنواع من القضايا كثيرة، ومتشعبة وقد تمتد لجلسات كثيرة، كما أن طبيعتها ليست كطبيعة الأنواع الأربعة المذكورة من جهة الحاجة الماسة إلى سرعة البت... إلخ!

ويمكن أن يدفع هذا الإيراد: بأنّ القيد المذكور في بداية اللائحة (وهو: عند الاقتضاء) سيجعل للقاضي مندوحة فيما لو لم يقتنع بموجود المقتضي للتطبيق، لكن ستبقى الحالة الردعية عن الحضور شاملة لجميع القضايا؛ لأن احتمال التطبيق مهما كان بعيدًا لكن لعظم فداحته سيبقى مخيفًا ومن ثَم رادعًا؛ وهذا شأن عامة العقوبات في الشريعة، حيث قُصد منها تخويف الناس بها، دون زجهم فيها، وفي مقدمة هذه العقوبات القصاص: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَـٰبِ

﴿لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[البقرة:١٧٩]، فالمقصود من القصاص الردع؛ لإبقاء حياة القاتل والمقتول معًا! وقديمًا قالت العرب: (القتل أنفى للقتل!).

الموضع السابع [يتبع: الباب الخامس: إجراءات الجلسات ونظامها.

الفصل الأول: إجراءات الجلسات]:

جاء في اللائحة ٦٢/ ١: «تكون مدة الجلسة ثلاثين دقيقةً، ويجوز الزيادة عليها بحسب نظر الدائرة، ويضع المجلس الأعلى للقضاء قواعد تحدد العدد المناسب للجلسات اليومية بحسب الاختصاص النوعي لكل محكمة».

وجه الصلة بالتأخير:

إن المتابع لشؤون التقاضي في المملكة ليس لديه أدنى تردد في أن أحد أبرز أسباب التأخير - إن لم يكن أبرزها على الإطلاق - هو كثرة الجلسات اليومية التي تعرض أمام القاضي الواحد، والذي يعزز ذلك نظام الجلسات المعمول به في محاكم المملكة؛ فالقاضي ليس لديه أعوانٌ مؤهلون في الشريعة أو القانون أو الإدارة أو الحاسوب بحيث يمكن الاستفادة منهم في تخفيف بعض الأعباء، بل هو الذي يتولى بنفسه جميع الإجراءات المتعلقة بالجلسة، ومن حق الخصوم أن تكون مرافعتهم شفهية[1]، وإذا كانت ستُعرض في الجلسة وثائقُ أو بيناتٌ مكتوبةٌ أو تقاريرُ أو شهاداتٌ؛ فيحتاج وقتًا لقراءتها أو سماعها، كما يحتاج وقتًا أطول لمناقشة ما جاء فيها، وكذلك لمناقشة الخصوم بعضهم لبعض... إلخ، ثم بعد ذلك كله، فإن القاضي سيملي على كاتب الضبط ما يحتاج إلى تدوينٍ في

(١) كما في المادة (٦٥) من نظام المرافعات الشرعية.

الضبط، وسيوجهه إلى حفظ ما يحتاج إلى حفظٍ في ملف القضية، وبعد الكتابة لابد من مراجعة القاضي لما كُتب؛ ثم توقيع الخصوم على محضر الجلسة...إلخ، وهذا كله في ظل الظروف العادية، فما بالك إذا عرض في موعد الجلسة تأخر القاضي أو أحد أعوانه، أو غياب الموظف الذي يتابع القضية، ثم دعت الحاجة إلى البحث عن أحد المتعلقات المهمة بالقضية، أو تعطل النظام الالكتروني في الوزارة، أو تعطل جهاز الحاسوب أو الطابعة في مكتب القاضي، أو احتاج أحد الخصوم إلى إحضار وثائق من سيارته طُلبت عرضًا في الجلسة...، وأهم من ذلك كله أن القاضي يحتاج إلى وقت لمراجعة ملف القضية قبل الجلسة، وفي ظل هذا الضغط الهائل فإن عقارب الساعة تطارد القاضي لوجود جلسة أخرى لقضية أخرى قد لا تزيد المهلة بين ابتدائهما عن ٣٠ دقيقة!

ففي ظل بعض هذه الأحوال - وليس كلها - لا يلام القاضي إذا اضطر إلى اختصار الجلسة وإنهائها في أقل وقت ممكن، وأبسط مبرر له في ذلك: هو انتهاء وقت الجلسة!

وقد يقال: إن الدافع لكثرة الجلسات اليومية هو قلة القضاة مقارنة بكثرة القضايا التي تزيد بشكل طبيعي مع زيادة السكان!

والجواب: أن زيادة الجلسات اليومية - في أكثر القضايا الحقوقية والجزائية - لا تعدو أن تكون حلًا وهميًّا للتباعد بين أمد الجلسات فحسب؛ لأنه ما الفائدة أن يكون بين موعد الجلستين شهرٌ أو شهران مثلًا، لكن على حساب كثرة الجلسات؟! فلو خُيّر القاضي والخصوم بين إنهاء القضية في سنة، لكن في أربع جلسات مطولة ومتباعدة، أو إنهائها في سنة أيضًا، لكن في ١٢ جلسة قصيرة ومتقاربة؛ فسيختارون الخيار الأول بداهةً! فضلًا عن كونه أحرى باختصار مدة

التقاضي؛ لأن كل جلسة أخذت ما تحتاجه من الوقت، ولاسيما في تهيئة القاضي لدراسة ملف القضية وإعطائه الفرصة الكافية لمناقشة الخصوم وعرض ما لديهم من بينات ودفوع، بخلاف الجلسات القصيرة التي قد يضطر فيها القاضي أحيانًا إلى تأجيل باقي الجلسة لا لشيء سوى انتهاء وقتها، ومن ثم يحتاج إلى إكماله في الموعد التالي!

والذي يمكن اقتراحه:

١. المضي قدمًا بخطى سريعة في زيادة عدد القضاة؛ وفقًا لخطط تأهيلية تركز على الجانب التطبيقي والميداني.

٢. الاستفادة من التقنيات الحديثة ولاسيما الإلكترونية منها في اختصار أمد التقاضي؛ كتبادل المذكرات الإلكترونية بين الخصوم، وإيجاد نظام موحد بين وزارة العدل وجميع الدوائر الحكومية ذات الصلة بمتطلبات التقاضي، وتفعيل البريد الإلكتروني والفاكس والبرقية في المخاطبات الرسمية، ونحو ذلك.

٣. تخفيف أعمال القاضي وتركيزها على الجانب الموضوعي في دراسة القضايا.

٤. رفع كفاءة الأعوان، بحيث يعمل مع كل قاضٍ موظفان جامعيان على الأقل؛ أحدهما مؤهله في الشريعة أو القانون، والثاني في الحاسب الآلي أو الإدارة، بحيث يتولى الشرعي أو القانوني مساعدة القاضي في الجانب الموضوعي، ويتولى الحاسوبي أو الإداري العبء الأكبر في الجوانب الإجرائية والإدارية نيابةً عن القاضي، وليس هناك ما يمنع من أن يعمل الجامعيان مع أكثر من قاضٍ في آنٍ واحد لكن في أوقات مختلفة.



٥. أن يكون الحد الأعلى للجلسات اليومية في قضايا الترافع الأساسية التي تحتاج إلى مداولة أربع جلسات فقط، وبين بدايةِ كلِّ جلستين ساعة ونصف، بحيث تخصص قرابة نصف ساعة لدراسة القاضي لملف القضية، وتهيئة الأعوان لجميع متطلبات الجلسة وما تحتاجه من جوانب إجرائية، ثم قرابة النصف الثاني ليتولى القاضي الإشراف على الجانب الموضوعي في الجلسة، ثم النصف الثالث ليكمل الأعوان بقية الأمور الإجرائية التي تحصل عادةً بعد الانتهاء من الجانب الموضوعي، مع الرجوع إلى القاضي إن لزم الأمر، كما يمكن الدمج بين هذه الأوقات الثلاثة بحيث يكون وقتها متداخلًا، وبإشراف من القاضي(١).

---

(١) وقبل الانتهاء من التعليق على هذا الموضع (السابع) تجدر الإشارة إلى صدور تعميم حديث من رئيس المجلس الأعلى للقضاء، برقم (٩١٢/ت)، في ١/٨/١٤٣٨هـ، وهذا التعميم يقضي بتشكيل دوائر جزئية في المحاكم العامة، ينحصر اختصاصها بنظر الدعاوى المالية الداخلة في اختصاص المحكمة العامة التي لا تزيد قيمتها عن (٢٠) ألف ريال، وهذا التعميم له أهمية عالية في التسريع؛ لهذا سبقت الإشارة إليه في المبحث الأول، لكن يرد عليه عدة إشكالات تطبيقية؛ والذي يعنينا منه في سياق هذا البحث: أنه حدد لهذه الدوائر عدد (٣٠) جلسةً يوميًا! ولا أدري ما المقصود بذلك؟ فالذي يتبادر للذهن أن المقصود به أن الوضع الطبيعي أن تعقد الدائرة الواحدة (٣٠) جلسة في اليوم الواحد، ومما يدعم هذا الفهم أنه جاء الاستثناء الاحترازي عقبه، ونص الشاهد من التعميم: «... جـ. يحدد لهذه الدوائر عدد ثلاثين جلسة يوميًا. ولرئيس المجلس الاستثناء من هذه الإجراءات وفقًا لما يقتضيه واقع كل دائرة»، وموضع الإشكال أنه على فرض أن الجلسات عقدت بشكل متوالٍ وبدون أي فواصل، من الساعة ٨:٠٠ صباحًا حتى ٢:٠٠ مساءً فستكون مدة الجلسة الواحدة (١٢) دقيقة كحد أعلى! وهذا مخالف للائحة المذكورة في الصلب وهي (٦٢/١)، ونصها: «تكون مدة الجلسة ثلاثين دقيقةً، ويجوز الزيادة عليها بحسب نظر الدائرة»، وأهم من ذلك: أنه يكاد يكون متعذر التطبيق! وهذه الغرابة تدفع إلى التشكيك بالتفسير المذكور للتعميم، فلعل المراد: الحد الأدنى لمجموع الدوائر الجزئية في المحاكم العامة، أو تفسير آخر، ومهما يكن من شيء، فإن هذا الإشكال يندفع بتفسير المراد منه من قبل المعنيين في المجلس الأعلى للقضاء أو أهل الاختصاص.



الموضع الثامن [يتبع: الباب الخامس: إجراءات الجلسات ونظامها.

الفصل الأول: إجراءات الجلسات]:

جاء في المادة ٦٥:

«تكون المرافعة شفهيةً، على أن ذلك لا يمنع من تقديم الأقوال أو الدفوع في مذكرات مكتوبة تتبادل صورها بين الخصوم، ويحفظ أصلها في ملف القضية، مع الإشارة إليها في الضبط. وعلى المحكمة أن تعطي الخصوم المهل المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها كلما اقتضت الحال ذلك».

وجه الصلة بالتأخير:

هذه المادة ترد عليها ثلاث ملحوظات قد تتسبب في التأخير:

الملحوظة الأولى: أنها أجازت تقديم الأقوال أو الدفوع في مذكرات مكتوبة، وإذا كان ذلك بمبادرة من الخصوم فلا إشكال؛ لأنهم أصحاب الشأن، لكن موضع الإشكال لو كان ذلك بمبادرة من القاضي على الرغم من رغبة الخصمين أو أحدهما في المشافهة، فليس في المادة ما يدل على إلزام القاضي بالسماع، وهذا يفوت أحد مقاصد التقاضي، وهو أن يطمئن الخصوم بأنهم أخذوا حقهم وافيًا في تقديم كل ما يعتقدون تأثيره في الحكم، وأوصلوا وجهة نظرهم بشكل محسوس ويقيني، كما أن المذكرات المكتوبة قد تكون فيها جوانب مؤثرة في نظر من كتبها، لكن لم يحسن صياغتها، أو قد تكون طويلةً؛ فلا يقرأها القاضي كاملة، وفي الجانب المقابل قد يكون فيها استرسال متشعب ومتعمد بقصد تشتيت القاضي؛ فيؤثر ذلك كله سلبًا في تأخير فهم القاضي للقضية، ومن ثَم في تأخير صدور الحكم.



والذي يمكن اقتراحه: أن ينص في اللائحة التنفيذية على أن المشافهة هي الأصل، وأن العدول عنها إلى المذكرات المكتوبة إنما يكون باختيار الخصوم.

الملحوظة الثانية: نصت المادة على أن المذكرات المكتوبة: «يحفظ أصلها في ملف القضية، مع الإشارة إليها في الضبط»، وموضع الإشكال أن المادة حددت تصرفًا واحدًا مع جميع المذكرات، وهو حفظها في ملف القضية، مع الإشارة إليها في الضبط، وهذا يضعفها إلى حد كبير؛ لأن ما يكتب في الضبط هو الأساس الذي يركّز عليه قاضي الموضوع، وقاضي الاستئناف، وكل من هو معني بدراسة القضية، وهو الذي يحظى بتوقيع القاضي والخصوم في نهاية كل جلسة، كما أن القاضي محاسب على كل ما يدوَّن في الضبط، فلو دوَّنها القاضي أو ملخصها في الضبط؛ سيفيد في جعل احتمال إغفال القاضي لمضمون المذكرة بسبب التأجيل والنسيان غيرَ واردٍ، فما المانع أن يترك الخيار للقاضي؟ فقد يرى القاضي أن المصلحة تقتضي تلخيص المذكرة، ونقل الملخص إلى الضبط، بل قد يرى نقل المذكرة بالكامل؛ لأن إخراجها عن الضبط سيخلق فجوةً عند القراءة اللاحقة للقضية، ومن ثم سيترتب على إغفالها تأخير فهم الدعوى!

والذي يمكن اقتراحه: أن يكون للقاضي ثلاثة خيارات بحسب ما يراه أنفع في تحقيق المصلحة:

الخيار الأول: أن يحفظ أصل المذكرة المكتوبة في ملف القضية، مع الإشارة إليها في الضبط.

الخيار الثاني: أن يطلب القاضي ممن حرر المذكرة أن يلخصها؛ ليتم نقل الملخص إلى الضبط، أو يقوم القاضي بنقل ما يراه مهمًا في تصور تسلسل الدعوى.

الخيار الثالث: أن ينقلها بالكامل إلى الضبط، من خلال إلزام الخصم الذي حررها بتزويد مكتب القاضي بنسخة إلكترونية من المذكرة.

وقبل الانتقال إلى الملحوظة الثالثة تجدر الإشارة إلى أن الملحوظة الثانية تم استدراكها في لائحة تفسيرية لمادة لاحقة، وكان الأولى أن تذكر هنا، وهذه اللائحة هي ٧١/ ٧، ونصها: «عند تقديم المذكرات يكتفى بالإشارة في الضبط إلى اسم من قدمها وصفته وتاريخ تقديمها وعدد صفحاتها، ويحفظ أصلها في ملف القضية، وللدائرة تدوين ما اشتملت عليه من أقوال أو دفوع، مما ترى أنه مؤثر في القضية».

الملحوظة الثالثة: جاء في نهاية المادة: «وعلى المحكمة أن تعطي الخصوم المهل المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها كلما اقتضت الحال ذلك». وهذه المادة ورد في آخرها قيد مهم، وهو: (كلما اقتضت الحال ذلك)، وهذا قيد يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار؛ حتى لا تكون هذه المهل فرصةً للمماطلات.

والذي يمكن اقتراحه:

أن يكون تبادل هذه المذكرات بين الخصوم مع بعضهم بعضًا بشكل إلكتروني ومباشر، وكذلك مع المحكمة، وإذا استدعى المقام تبادل نسخ ورقية من المذكرات بإشراف الدائرة؛ فيكون ذلك في مواعيد مستقلة مع الموظف الإداري في الدائرة، وفي أقرب وقت ممكن، وبمعزل كامل عن الجدول الاعتيادي لجلسات التقاضي.

الموضع التاسع [يتبع: الباب الخامس: إجراءات الجلسات ونظامها.

الفصل الأول: إجراءات الجلسات]:

جاء في المادة ٧١:

«يدوِّن كاتب الضبط - تحت إشراف القاضي - وقائع المرافعة في الضبط، ويذكر تاريخ افتتاح كل مرافعة ووقته، ووقت اختتامها، ومستند نظر الدعوى، واسم القاضي، وأسماء الخصوم ووكلائهم، ثم يوقع عليه القاضي وكاتب الضبط، ومن ذكرت أسماؤهم فيه، فإن امتنع أحد منهم عن التوقيع؛ أثبت القاضي ذلك في ضبط الجلسة».

وجه الصلة بالتأخير:

مما يتسبب في تداخل أوقات الجلسات، أن يكون وقت إعداد كاتب الضبط لكل ما يتعلق بالجلسة ضمن وقت الجلسة، ويزيد الأمر صعوبة إذا كان البدء بالتدوين بعد الانتهاء من وقائع الجلسة، وسيعقبها مباشرةً وقت جلسة أخرى! مما يترتب عليه - في الغالب - تمديد وقت الجلسة، ومن ثَم تأخير البدء بالجلسة التالية.

والذي يمكن اقتراحه:

١. أن يكون هناك فترة احتياطية عقب الوقت المقدر لكل جلسة لا يقل عن نصف ساعة؛ لضمان الالتزام بمتطلبات كل جلسة على الوجه المطلوب، دون أن يؤثر ذلك في الالتزام ببدء الجلسة اللاحقة في موعدها.

٢. أن تكون هناك نماذج جاهزة للمعلومات الأساسية والمتكررة، بحيث يسهل على كاتب الضبط تكميلها بتدوين المعلومات المتغيرة فقط (كتاريخ افتتاح كل

مرافعة ووقته، ووقت اختتامها، ومستند نظر الدعوى، وأسماء الخصوم ووكلائهم)، ويقوم الكاتب بتجهيز كل ما يتصل بذلك، كالتحقق من هويات الخصوم، ووجود المستندات المطلوبة قبل بدء وقت الجلسة، بما فيها نسخة إلكترونية مما يريد الخصوم إثباته في الضبط.

٣. أن يرسل كاتب الضبط رسالةً جماعية عبر البريد الإلكتروني إلى الخصوم، أو من خلال برنامج حاسوبي خاص تعده الوزارة، بحيث يطّلع على محادثاتها الجميع في آن واحد بما فيهم القاضي، ويتم من خلالها تجهيز المعلومات الأساسية في الجلسة، وكتابة ما أمكن كتابته من مسودة محضر الجلسة.

الموضع العاشر [يتبع: الباب السادس: الدفوع والإدخال والتدخّل والطلبات العارضة. الفصل الأول: الدفوع]:

جاء في المادة ٧٦، الفقرة ١:

«الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر، وكذا الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها؛ يجوز الدفع به في أي مرحلة تكون فيها الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها».

وجه الصلة بالتأخير:

ما جاء في بداية هذه العبارة قد يكون سببًا في التأخير؛ لأن السماح بالدفع بعدم الاختصاص في الأمور المذكورة في أية مرحلة من مراحل الدعوى قد يكون ثغرةً يستفيد منها المدعى عليه، حيث يمكنه أن يؤخر هذا الدفع إلى أن يستنفد الطرق المتاحة له من الدفوع الأخرى، فإذا عجز عن تزوير الحقيقة: لجأ إلى الدفع المذكور

في هذه المادة، واستفاد من تمديد مهلة هذا الدفع في مماطلة المدعي وتأخيره في نيل حقه.

والذي يمكن اقتراحه:

أن يكون التحقق من دخول الدعوى في ولاية القاضي من واجبات القاضي نفسه، ويكون ذلك قبل مداولة الدعوى في الجلسة الأولى، حيث إن عدم الاختصاص النوعي والأمور الأخرى المذكورة في هذه المادة تنزع الصلاحية من القاضي في النظر في الدعوى، وتجعل ما عقد من جلسات قبل الحكم بعدم الاختصاص هدرًا للأوقات والطاقات.

ولتطبيق ذلك يمكن أن تفرد لائحة تنفيذية تخص العبارة التي جاءت في آخر المادة: «... وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها»، بحيث يذكر فيها بأن التحقق من ذلك من واجبات الدائرة قبل المضي قدمًا في النظر في الدعوى.

الموضع الحادي عشر [يتبع: الباب التاسع: إجراءات الإثبات. الفصل الثاني: استجواب الخصوم والإقرار]:

جاء في المادة ١٠٦:

«إذا كان للخصم عذر مقبول يمنعه من الحضور بنفسه لاستجوابه ينتقل القاضي أو يكلف من يثق به إلى مكان إقامته لاستجوابه، وإذا كان المستجوب خارج نطاق اختصاص المحكمة؛ فيستخلف القاضي في استجوابه محكمة مكان إقامته».

وقريب من هذا: المادة ١١٤ في شأن سماع اليمين، وكذلك المادة ١٢٢ في شأن سماع الشاهد، وأيضًا المادة ١١٦ في شأن الانتقال أو الاستخلاف في معاينة العين المتنازع عليها.

وجه الصلة بالتأخير:

لاشك أن إجراءات انتقال جلسة استجواب الخصم، أو سماع اليمين أو الشاهد إلى مقر إقامتهم تحتاج إلى وقت، وهذا يؤثر سلبًا في تطويل أمد التقاضي، ولاسيما إذا كان مكان إقامتهم خارج نطاق الاختصاص المكاني للمحكمة.

والذي يمكن اقتراحه: الاستفادة من التقنية الحديثة في ذلك؛ حيث يمكن الاستفادة من برامج النقل المباشر (أو شبه المباشر) في إدارة القاضي للجلسة وهو في مقره.

ومن الطرق المناسبة لتحقيق ذلك: أن تتعاقد وزارة العدل مع شركة تنقل مندوبها وأجهزتها إلى مكان الـمُستجوَب، وتتحمل تبعات التحقّق من شخصه، ثم تتولى إدارة كامل الإجراءات الفنية للربط بين الـمُستجوَب والمحكمة، وإذا دعا الأمر؛ فيمكن أن يتحمل المحكوم عليه كافة المصاريف التي تحتاجها الشركة في تنفيذ هذه الجلسة.

الموضع الثاني عشر [يتبع: الباب التاسع: إجراءات الإثبات]:

جاء في المادة ١٦٢:

«إذا نظر القضية عدد من القضاة؛ فيصدر الحكم بالإجماع أو بأغلبية الآراء،... فإن لم تتوافر الأغلبية أو تشعبت الآراء إلى أكثر من رأيين؛ فيكلف



رئيس المحكمة أحد قضاتها لترجيح أحد الآراء حتى تحصل الأغلبية في الحكم...».

وجاء في اللائحة ١٦٢/ ٤: «إذا نظرت القضية من ثلاثة قضاة وتشعبت الآراء لأكثر من رأيين، ووافق القاضي المكلف أحد الآراء؛ فقد حصلت الأغلبية في الحكم. وإذا استقل المكلف برأي آخر؛ فيكلف غيره حتى تحصل الأغلبية في الحكم».

وجه الصلة بالتأخير:

يمكن أن تكون هذه المادة ولائحتها سببًا في التأخير إذا كان تكليف القاضي الثاني المرجح يحتاج إلى قرار جديد من رئيس المحكمة.

والذي يمكن اقتراحه: أن يصدر رئيس المحكمة أمرًا واحدًا يتضمن تكليف أحد قضاة المحكمة لترجيح أحد الآراء، وتكليف قاضٍ آخر احتياطي فيما إذا استقل القاضي الأول برأي جديد، ومثل ذلك إذا تعذر قيام رئيس المحكمة بتكليف القاضي المرجح والاحتياط له؛ فيكون تكليفهما معا من المجلس الأعلى للقضاء في قرار واحد.

الموضع الثالث عشر [يتبع: الباب التاسع: إجراءات الإثبات]:

جاء في المادة ١٦٧:

«إذا انتهت ولاية القاضي بالنسبة إلى قضية ما قبل النطق بالحكم فيها؛ فلخلفه الاستمرار في نظرها من الحد الذي انتهت إليه إجراءاتها لدى سلفه بعد تلاوة ما تم ضبطه سابقًا على الخصوم، فإن كانت موقعةً بتوقيع القاضي السابق على توقيعات المترافعين والشهود فيعتمدها، وإن كان ما تم ضبطه غير موقع من

المترافعين أو أحدهم أو القاضي ولم يصدّق المترافعون عليه؛ فإن المرافعة تعاد من جديد».

وجه الصلة بالتأخير:

جاء في نهاية المادة: "أن القاضي إذا تغير - وكان ما تم ضبطه عند القاضي السابق غير موقع من المترافعين أو أحدهم أو القاضي ولم يصدّق المترافعون عليه - فإن المرافعة تعاد من جديد"، ولا شك أن عودتها إلى نقطة البداية بدون قناعة قضائية بعدم جدواها؛ هدر للجلسات السابقة، وتطويل لأمد التقاضي، كما أنه قد يفتح الباب لبعض الخصوم لتعمد ترك التوقيع، والتذرع بأي ذريعة؛ للاستفادة من ذلك مستقبلًا فيما لو تغير القاضي.

ولتجنب هذه الآثار السلبية: ينبغي على القاضي الاهتمام الشديد بتوقيعه على كل محضرِ ضبطٍ في حينه، وكذلك الخصوم، وعدم تأجيله بأي حال من الأحوال.

الموضع الرابع عشر [يتبع: الباب الثالث عشر: الإنهاءات. الفصل الثاني: الأوقاف والقاصرون]:

جاء في المادة ٢٢٣:

«١- إذا اقتضت المصلحة العامة بيع وقف عام أو استبداله أو نقله؛ فليس لناظره أن يجري ذلك إلا بعد استئذان المحكمة في البلد التي فيها الوقف، وإثبات المسوغات الشرعية التي تجيز بيعه أو استبداله أو نقله، على أن يجعل ثمنه في مثله في الحال.

٢- إذا اقتضت المصلحة التصرف في الوقف الأهلي ببيعه أو استبداله أو نقله أو رهنه أو الاقتراض له أو تعميره أو شراء بدل منه أو تجزئته أو فرزه أو دمجه أو تأجيره لمدة تزيد على عشر سنوات أو المضاربة بماله - فيما إذا كان الثمن لا يكفي لشراء البدل - فليس لناظره أن يجري أيًّا من تلك التصرفات إلا بعد استئذان المحكمة المختصة».

وجاء في اللائحة ٢٢٣/ ٧: «الإذن باستبدال الأوقاف الخيرية العامة وبيعها وشراء بدل عنها؛ يكون بعد موافقة مجلس الأوقاف الأعلى».

وجاء في المادة ٢٢٤: «إذا كان الولي غير الأب، واقتضى الأمر التصرف للقاصر - أو الغائب - بشراء عقار له، أو بيع عقاره، أو قسمته، أو رهنه، أو دمجه، أو الاقتراض له، أو طلب صرف ماله - الذي أودعته المحكمة في مؤسسة النقد العربي السعودي، أو أحد فروعها، أو أحد المصارف في البلد لأي سبب - أو إذا كان المولى عليه طرفًا في الشركات التي يطلب توثيق عقودها، أو زيادة رأس مالها؛ فليس للولي أو الوصي أن يجري أيًّا من تلك التصرفات إلا بعد استئذان المحكمة المختصة».

ومما له صلة وثيقة بموضوع هاتين المادتين واللائحة المذكورة: مادة ٢٢٥، و٢٢٦.

وجه الصلة بالتأخير:

مما لاشك فيه أن اشتراط إذن المحكمة أو مجلس الأوقاف الأعلى في مثل هذه التصرفات فيه حماية لمصلحة الموقوف عليهم ولمصلحة القاصرين، لكن هذا الإذن يتطلب إجراءات إضافية غير موجودة في القضايا العادية، مما يترتب عليه مفاسد جديدة قد لا تقل عن مصلحة اشتراط الإذن من المحكمة أو غيرها، ولا شك أن

كمال العدل يقتضي أن يقابِل هذه الإجراءات الإضافية تسريعٌ في إجراءات أخرى، بحيث تتعادل قضايا الوقف والقصّر مع القضايا الأخرى، إن لم تتفوقْ عليها.

ولما ينتج عن اشتراط إذن المحكمة ونحوها من تأخير بالغ الضرر على القاصرين والمنتفعين بالأوقاف؛ من المناسب تخصيص هذا الموضع بمزيد تفصيل على النحو الآتي:

من يمثل صاحب الحق قد لا يكون مفوضًا بشكل مباشر من صاحب الحق، مما يجعل تمثيله له فيه شيء من القصور؛ وهذا يستدعي تدخل القاضي للتأكد من وفاء العقد بمصلحة صاحب الحق، ولكن هذا التدخل قد يترتب عليه تأخير مضر بصاحب الحق؛ فما الحكم الشرعي تجاه هذا التأخير؟

وقبل الجواب عن السؤال هاكَ توضيحًا لما جاء في مقدمته:

مَنْ يمثِّلُ صاحبَ الحق يختلف حاله باختلاف صاحب الحق:

الحالة الأولى: أن يكون صاحب الحق كامل الأهلية، وقد فوض من ينوب عنه بشكل مباشر؛ فحينئذٍ لا إشكال في قيام الوكيل مقامه في كل ما وكَّله فيه مما يقبل التوكيل؛ لأنه هو المعني في اختيار من ينوب عنه، وفي تقييد تصرفاته أو إطلاقها، ويتحمل المسؤولية كاملةً فيما فوَّضه فيه.

الحالة الثانية: أن لا يفوضه صاحب الحق بشكل مباشر، وهذا له قسمان:

القسم الأول: أن يكون صاحبُ الحق ناقصَ الأهلية؛ كالصبي والمجنون والسفيه ونحوهم (وهم من يسمون بالقُصَّر): فصاحب الحق هنا لا يستطيع توكيل من يقوم مقامه في تولي حقوقه؛ لأن فاقد الشيء لا يعطيه، فيحتاج إلى ولي،



ولكن لا يُرجع إليه عند تحديد الولي، وهذا الولي قد يكون الأب أو وصيه أو أقرب العصبة إليه أو من ينصِّبُه القاضي، كما أن هذه الولاية لا تكون في عقد محدَّد أو مجموعة من العقود، وإنما في جميع مصالح القاصر، ومن المعلوم أن تقدير المصالح مما تتفاوت فيه الأنظار، وإذا كان الغبن في المصالح الصغيرة خطبه يسير؛ فإنه لا يكون مقبولًا في المصالح الكبيرة، وفي مقدمتها العقارات ونحوها؛ لهذا شدد الفقهاء في تقييد تصرف الأولياء فيها وحصروها في نطاق ضيق(١)، حفظًا لمصلحة القاصر من جهة، وحدًّا من اعتراضه مستقبلًا إذا زال عنه عارض عدم الأهلية من جهة أخرى.

القسم الثاني: أن يكون المفوِّضُ جهةً منفكةً عن المنتفع بالحق، وهذا ينطبق على ناظر الأوقاف - إذا كان غير الواقِف نفسه -؛ فهو ينوب عن مصالح الموقوف عليهم دون تفويض مباشر منهم، وإنما من جهة منفكة وهي الجهة الواقفة؛ مما قد يترتب عليه تضارب في تقدير المصالح بين الناظر والموقوف عليهم، وهذا التضارب قد يكون مغتفرًا في المصالح اليسيرة، بخلاف المصالح الكبيرة كالعقارات ونحوها، ولاسيما أن أي إخلالٍ ظاهرٍ بتلك المصالح يصعب تداركه بعد التصرف في العقار؛ لهذا ألحق الفقهاء تصرفات نظار الأوقاف في بيع العقارات ونحوها بتصرفات الأولياء والأوصياء على القصّر من جهة تقييد

(١) انظر: البحر الرائق، (٥/ ١١٤، ٢٣٧)؛ غمز عيون البصائر، (٣/ ٢٥٧)؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، (٩)/ ٦٢٥)؛ البيان والتحصيل، (١٠/ ٥٢٢)؛ الذخيرة، (٦/ ١٥٨)؛ منح الجليل، (٦/ ١٠٦)؛ شرح ميارة، (٢/ ١٥)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي، (٦/ ٢١٠)؛ الكافي في فقه الإمام أحمد، (٢/ ١٠٨)؛ كشاف القناع، (٣/ ٤٥١)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، (٣٠/ ١٩٣).

تصرفاتهم فيها وحصروها في نطاق ضيق[1].

فيلحظ على الحالة الثانية بقسميها أن التصرفات في العقارات ونحوها من قبل الأولياء والأوصياء ونظار الأوقاف محوطة بجملة من القيود التي تحفظ مصالح المنتفعين بالعقارات. والذي يعنينا - في سياق هذا البحث - من تلك القيود: تعليق عقود بيع العقارات ونحوها على إجازة القاضي للعقد، وإذا كانت هذه الإجازة من الحاجيات في السابق؛ فهي في الزمن الحاضر من الضروريات؛ لكثرة الناس، وسرعة تقلب أمزجتهم وذممهم، وتذبذب أسعار العقارات وتفاوتها بشكل يصعب فيه اكتشاف الغبن إلا من قبل الحذّاق من أهل الخبرة؛ لهذا لا يكاد يخلو نظام المرافعات في الدول المعاصرة[2] من اشتراط إجازة القاضي لتلك العقود.

والذي يعنينا في هذا البحث أن هذه الإجازة غالبًا ما يترتب عليها تأخير مضرٌّ بأصحاب المصلحة! ومن أبرز صور التأخير المضرّ: أن القاضي يحتاج إلى استشارة أهل الخبرة، وأهل الخبرة يحتاجون إلى معاينة العقار، ثم كتابة تقرير عنه، وبعد وصول التقرير إلى القاضي وتحديد موعد الجلسة: قد ينسحب المشتري بسبب طول الانتظار! بل قد ينسحب فور العلم بأن العقار فيه قصّر أو أوقاف، وقد لا يقبل الانتظار إلا إذا كان العقار بأقل من سعر المثل؛ لجبر عيب التأخير - وللأسف الشديد أصبح هذا التأخير عيبًا شائعًا عند أهل العقار - لهذا ينبغي على القاضي أن

---

(١) انظر: البناية، (٧/ ٤٥٩)؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام، (٢/ ١٣٥)؛ البحر الرائق، (٥/ ٢٢٣)؛ حاشية ابن عابدين، (٤/ ٤٣١)؛ التاج والإكليل، (٧/ ٦٦٢)؛ شرح ميارة؛ (٢/ ١٥٠)؛ مغني المحتاج، (٣/ ٥٥١)؛ حاشيتي قليوبي وعميرة، (٣/ ١٠٩)؛ الفروع، (٤/ ٦٢٧)؛ المبدع، (٥/ ١٨٧)؛ مطالب أولي النهى، (٤/ ٣٦٨).

(٢) انظر: نظام المرافعات السعودي، مادة (٢٢٣، ٢٢٤)؛ قانون الإجراءات المدنية السوداني سنة ١٩٨٣م، مادة (١٢٠)؛ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري سنة ٢٠٠٨م، مادة (٤٢٤).

يبذل وسعه في إعمال قواعد الموازنة بين المصالح والمفاسد، بالتقليل ما أمكن من مفسدة (أمد التأخير)، مع عدم الإخلال بالمتطلبات التي تكفل لصاحب الحق وفاء العقد بمصلحته. ومن أهم قواعد الموازنة: «أن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها، وأنها ترجّح خيرَ الخيرين وشرَّ الشرين، وتحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما، وتدفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما»(١).

كما ينبغي على الجهات المختصة التخفيف في هذه المتطلبات النظامية ما أمكن، وإذا كان لابد منها فينبغي إيجاد محفزات بديلة تفوق مصلحتها مفسدة التأخير الذي لا بد منه(٢).

---

(١) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية، (٢٠/ ٤٨).

(٢) ومما يفرح: ما نُشر في وسائل الإعلام من إعلان وزارة العدل عن «المبادرة بتشكيل لجنة لتقنين إجراءات البيع والشراء، ونقل الأوقاف واستبدالها، وهندسة إجراءاتها، والتنسيق مع هيئة المقيمين السعوديين التابعة لوزارة التجارة، لتسريع عملية البيع والشراء والاستبدال لأجل الانتفاع بالأوقاف»، ووقت النشر: يوم الثلاثاء، ١٦ فبراير/ شباط ٢٠١٦م.

ومن روابط الخبر في صحف: سبق والحياة واليوم:

http://cutt.us/Puxcg

http://cutt.us/F9Bag

http://cutt.us/NMQb

الخاتمة

في نهاية المطاف من المناسب بيان خلاصة البحث وأهم توصياته:

أولًا: خلاصة البحث:

١. من يقرأ نظام المرافعات الشرعية السعودي يدرك بجلاء: أن المنظم السعودي عند صياغته لهذا النظام كان مستصحبًا لهدف رئيس؛ وهو أن الجوانب الإجرائية يجب أن لا تكون عائقًا في التقاضي، بل على العكس؛ ينبغي أن تسهم بفاعلية في التسريع، مما يجعل التحديث الأخير لهذه الأنظمة (في عام ١٤٣٥هـ)؛ هو بحد ذاته من أبرزِ الحلولِ الحديثة المتَّخذةِ لتسريع التقاضي في السعودية، وقد جاء الشق الأول من هذا البحث لإبراز سبل تفعيل الإجراءات التي وضعها المنظم السعودي لتسريع التقاضي بالشكل الأمثل، وتم اختيار ٣٥ موضعًا، يمثل كثير منها عينةً لإجراءات أخرى مقاربة. وهذه الإجراءات المقاربة قد تكون كثيرةً جدًا؛ كتحديد الأمد الأعلى للمدة، فقد ورد ذلك في قرابة ٢٧ موضعًا، ولكن تم التعليق على واحد منها فقط.

٢. اشتمل النظام ولوائحه التنفيذية على إجراءات قد يترتب عليها تأخير، ولكنها في الجملة لتحقيق مصالح أعلى من مفاسد التأخير. وقد تم اقتراح بعض الحلول لتفادي جانب التأخير في هذه الإجراءات أو التقليل منه ما أمكن، والمواضع التي تم اختيارها للتعليق عليها، وبيان وجه التأخير فيها ١٤ موضعًا، يمثل كثير منها عينةً لإجراءات أخرى مقاربة.



ثانيًا: أهم الاقتراحات والتوصيات.

اشتمل البحث على اقتراحات كثيرة ومتفرقة تزيد على ٤٠ اقتراحًا، سواءً أكانت لتفعيل الأنظمة المؤثرة في تسريع إنجاز التقاضي، أم لمعالجة ما قد ينتج عن تطبيق بعض الأنظمة واللوائح من تأخير للتقاضي، وجل هذه الاقتراحات يصعب فصلها عن سياقها؛ لهذا من المناسب الرجوع إليها في صفحات البحث.

أما التوصيات؛ فأهمها ما يأتي:

التوصية الأولى: أن تقوم الجهة المختصة بصياغة اللوائح التنفيذية في الوزارة برفع كفاءة القضاة تجاه تلك اللوائح من جانبين: من جانب فهم نصوصها، ومن جانب تنمية الملكات والمهارات في تطبيقها بالشكل الذي يحقق الغرض منها، ولاسيما الأنظمة واللوائح المتعلقة بتسريع إنجاز التقاضي، كما أن هذه الجهة معنية أيضًا بمراجعة تلك اللوائح، والتقويم المستمر لهذه الوسائل، وعدم الجمود على إجراءات اجتهادية إذا ثبت قصورها في تحقيق الغرض منها، أو اكتشفت إجراءات أخرى أنجع في تحقيق غاياتها، **ومن وسائل ذلك:** عقد ورشِ عملٍ دوريةٍ لنخبة من القضاة من شتى مناطق المملكة؛ يبرزون فيها الجوانب الإيجابية في الأنظمة واللوائح، ويتبادلون الخبرة في سبل تفعيلها، ويناقشون أيضًا ما يعرض لهم من مشاكل عند تطبيقها، **ومن الوسائل أيضًا:** متابعة كل ما يستجد حول الموضوع، ولاسيما في المؤتمرات والندوات ورسائل الماجستير والدكتوراه، وبحوث ما بعد الدكتوراه.

التوصية الثانية: أن تركز وزارة العدل في خططها على الغايات والمقاصد التي أنشئت المحاكم ووضعت الأنظمة الإجرائية من أجل تحقيقها، ولاسيما قناعة

أصحاب الحقوق بأن القضاء هو الملاذ الآمن لنيل حقوقهم، بشكل لا يترتب عليه تأخير غير مبرر تفوق أضراره مصلحة نيل الحقوق، **ومن وسائل ذلك**: أن يمنح القضاة مزيدًا من الثقة في إظهار مواهبهم العدلية، بحيث يكون مؤشر أدائهم هو المعيار الرئيس في تقويم خطط الوزارة، وفي مقدمة المؤشرات الإيجابية: كثرة القضايا التي ينجزها القاضي دون استئناف، أو مع تصديق الاستئناف لحكمه، **ومن الوسائل**: أن يعنى قضاة الاستئناف - عند تدقيق الأحكام - بالجانب الموضوعي بالدرجة الأولى، أما الأمور الشكلية التي لا أثر لها في ذات الحكم، فيمكن توجيه القاضي إلى الوفاء بها دون حاجة إلى الرفع إلى محكمة الاستئناف مرة أخرى، **ومن الوسائل**: الحزم مع من يشغلون المحاكم بقضايا تافهة، أو كيدية أو صورية، أو دفوع كيدية، أو مماطلات متعمدة، أو الذين يستهترون بمواعيد المحكمة وقراراتها، أو يضعفون هيبتها لدى المجتمع، ويزهدون الناس في الاستنصار بها لرفع الظلم.

التوصية الثالثة: أن تقوم وزارة العدل - بشكل متدرج - بفصل الجانب الموضوعي في عمل القاضي عن كافة الأعمال الإدارية والإجرائية، بحيث يكون القاضي كالأستاذ الجامعي، له مكتب خاص به لدراسة القضايا، وقاعات محاكمة ينتقل إليها عند الترافع، كما ينتقل الأستاذ إلى الفصول الدراسية، أما الطاقم الإداري الذي يحتاج إليه في مجريات الترافع، فتكون له إدارات مستقلة، بحيث تزيح عن القاضي كافة الأعباء الإدارية تجاههم، مثل متابعة حضورهم واستئذانهم وتأخرهم وغيابهم وإجازاتهم ورفع تقارير أدائهم الوظيفي عنهم ومناقشة مشاكلهم الإدارية...إلخ، هذا فضلًا عن الإشراف على أعمالهم الإدارية وتحمل تبعات ذلك!

وتبدأ الفكرة بتشكل لجنة لدراسة جدوى الانتقال، وإمكانية تطبيقه، ومن ثم الإشراف عليه، واختيار محكمتين -إحداهما سعودية، والأخرى محكمة تطبق نظام حصر عمل القاضي في الجانب الموضوعي - ثم دراسة نظام العمل في المحكمة المقيس عليها، ثم يحددون الهيكل التنظيمي للمحكمة السعودية المقيسة، وتُعيِّنُ الوزارة فريقَ العمل الذين سيتكون منهم هذا الهيكل التنظيمي، ثم يقوم هذا الفريق - وبإشراف من اللجنة - بزيارة للمحكمة المقيس عليها، ويعملون فيها كمتدربين المدة المناسبة لفهم العمل، ثم يباشر هذا الفريق العملَ في تطبيق طريقة المحكمة المقيس عليها على المحكمة السعودية، بشكل متدرج، وبعد نجاح التجربة يتم تعميمها على بقية المحاكم.

والذي أوصي به: أن تكون المحكمة المقيس عليها هي محاكم دبي؛ فقد زرتها شخصيًا - كباحث - واستمعت إلى شرح مجمل وعملي لطريقة العمل فيها في يومِ عملٍ كامل، وخرجت بقناعة بأن طريقتها في فصل الجانب الموضوعي في عمل القاضي عن كافة الأعمال الإدارية والإجرائية طريقة ممتازة ومفيدة جدًا في تسريع إنجاز التقاضي، كما أنها سبق أن مرت بتجربة الانتقال إلى هذه الطريقة، ويضاف إلى ذلك أن إدارتها على درجة عالية من الكفاءة والحِرَفيَّةِ والمرونة في التعامل، مما يجعل سبل الاستفادة منها عالية، هذا فضلًا عن سمعتها المرموقة التي لا تخفى على أي متابع للشؤون القضائية.

التوصية الرابعة: أن يعقد اجتماع دوري لقضاة أي محكمة بدعوة من رئيسها، (ويمكن أن يكون الاجتماع شهريًا)، ويخصص لمناقشة الدعاوى التي زاد أمدها عن متوسط الوقت المعتاد، (ويحدد لكل نوع من القضايا متوسط المدة المعتادة)، بحيث يعرض قاضي الدعوى ما لديه من قضايا متأخرة، ويذكر أسباب التأخير،

ويبدي بقية القضاة مرئياتهم، ليسترشد بها القاضي في تجاوز المعوقات، وأن يرفع محضر هذه الاجتماعات إلى المجلس الأعلى للقضاء.

التوصية الخامسة: أن تكون هناك أربعة مسارات للتقاضي في الدعاوى الحقوقية:

الأول: مسار المدعي الواثق: ويراد به من اختار أن يدفع تأمينًا بقدر ٥٪ من قيمة المطالبة، بحيث يكون الحد الأدنى للعقوبة التعزيرية المالية في حقه إذا ثبت لدى المحكمة أن الدعوى كيدية أو صورية، ويتحمله المدعى عليه إذا كان المدعي محقًّا، والمدعى عليه هو الذي دفوعه كيدية، ويعاد للمدعي إذا لم تثبت الصورية في الدعوى، ولا الكيدية في الدعوى أو الدفوع، وبما أنه واثق في دعواه فتخصص له -ولنظائره- ثُلُثَا جلسات التقاضي.

الثاني: مسار المدعي المتراخي: ويراد به من اختار أن لا يدفع تأمينًا بلا عذر مقبول، فيكون بمثابة المتراخي في دعواه، فتخصص له ونظائره ثُلُثُ الجلسات فقط، ولكن عند ثبوت الصورية في الدعوى -أو الكيدية فيها أو في الدفوع- يحكم القاضي على الكاذب بدفع ذلك المقدار، بحيث يكون الحد الأدنى للعقوبة التعزيرية المالية في حقه.

الثالث: مسار المدعي المستعجل: وهو من يرغب سرعة البت في دعواه بحيث تخصص له جلسات مسائية مستعجلة، بمقابل مالي قدره ١٠٪ من قيمة الدعوى، فإذا لم يُحكم له: يتحمل المبلغ على كل حال، وإذا حُكم له: يتحمله المدعى عليه، ويُضاف حينئذٍ إلى المبلغ الأصلي الذي حُكم عليه به، مع العلم بأن هذه الطريقة هي المعمول بها في الدعاوى المعتادة في الدوام الرسمي في عدة دول، وبعضها خليجية كالإمارات، مع التفاوت في تحديد النسبة من قيمة المطالبة.

الرابع: مسار التحكيم: ويقصد بالتحكيم: «عقدٌ يتولى بموجَبِهِ مؤهلٌ الفصلَ بين المتنازعين، في قضايا تخصهما، بتفويض منهما، ويكتسب ما ينتج عن هذا العقد صفةَ القطعيةِ بتصديق القضاء الشرعي عليه»(١). وتكمن أهمية التحكيم في أنه جهة قضائية أهلية، إذا فُعِّلت بشكل واسع يمكن أن تكون بمثابة المدارس والمستشفيات الأهلية التي تَحمِلُ كثيرًا من أعباءِ نظائرها الحكومية؛ لهذا ينبغي أن توليه وزارة العدل عنايةً خاصةً من جهة توعية الناس به، وتهيئة الظروف لإقبال الناس عليه، وليس هناك ما يمنع من الإلزام به في القضايا التي يتوقّع أن ترهق المحاكم بكثرة جلساتها وتشعباتها، مع العلم بأن الإلزام في صنف من القضايا معمول به في عدد من الدول، وبعضها خليجية كمملكة البحرين.

التوصية السادسة: أن يكون هناك تصنيف معلنٌ للمحامين ومعتمدٌ من وزارة العدل، على غرار تصنيف المقاولين، ومما يُبرَز في هذا التصنيف: سنوات الخبرة لدى المحامي، وعدد المرافعات التي تولاها أمام كل نوع من المحاكم الابتدائية، والتي رفعت إلى محاكم الاستئناف، وأهم من ذلك كله: عدد القضايا التي حكم عليه فيها بأي عقوبة تعزيرية، وفي مقدمة ذلك الدعاوى أو الدفوع الكيدية، أو التي فيها تعويض عن مماطلة، وأن يترتب عليها تسجيل نقاط مخالفات عليه، ينتج عنها سحب رخصة المحاماة مدة معينة، ثم بشكل نهائي.

التوصية السابعة: أن يكون من شروط اعتماد العقودِ كوثائقَ إثباتٍ: أن تكون صياغتها من أحد مكاتب المحاماة المعتمدة ونحوها، وأن يكون في مقدمة ما يعنى

---

(١) حقيقة التحكيم في الشريعة والقانون، (١/ ٧٥٤) (من السجل العلمي للمؤتمر)، وهو بحث مقدم في المؤتمر الدولي للقضاء والتحكيم، وقد نشر في سجل المؤتمر، وأقيم في المعهد العالي للقضاء في الرياض، بتاريخ ٢٨-٢٩/ ١٢/ ١٤٣٦هـ.

به في الصياغة: تفصيل آلية التخارج بين العاقدين؛ لأن عدم وضوحها يعد السبب الرئيس للتنازع بين الخصوم في العقود، كما أن وضوح طريقة التخارج على وجه الخصوص، وإحكام صياغة هذه العقود بشكل عام؛ من أهم الأسباب الوقائية التي تسهم بشكل كبير في إغلاق منافذ التخاصم بين العاقدين.

التوصية الثامنة: أن تكون هناك برمجة حاسوبية خاصة للتواصل الإلكتروني بين الخصوم، وبينهم وبين الدائرة القضائية، بحيث يكون بمثابة البريد الإلكتروني الجماعي، ويديره كاتب الضبط ويشترك فيه الخصوم، ويملك القاضي الاطلاع على كل ما يدور فيه، ويبدأ إنشاؤه من بداية المرافعة إلى انتهائها، ويتم من خلاله تبادل المذكرات، والتذكير بالمواعيد، وطلب ما تحتاجه الجلسات من مستندات أو وثائق، ونحو ذلك.

التوصية التاسعة: أن تُعدَّ وثيقةٌ تُسمّى (حقوق أساسية)، يُصاغ فيها - بأسلوب مبسط، ومختصر - أبرز ما جاء في نظام المرافعات الشرعية من حقوق متعلقة بالتسريع، سواءً أكانت حقوقًا للمدعي؛ (كعدم مماطلة خصمه له)، أم للمدعى عليه؛ (كعدم إقامة دعوى كيدية عليه)، أم تحافظ على هيبة المحكمة؛ (كالالتزام بمواعيد الجلسات وسرعة تنفيذ الأحكام)، وأن تكون هذه الوثيقة منشورة في الموقع الإلكتروني للوزارة، وفي أماكن بارزة في مدخل كل محكمة وأمام أنظار الخصوم في قاعة الانتظار.

التوصية العاشرة: أن يُفعّل ما جاء في المادة ١١، الفقرة ٢، ونصها: «٢- يجوز الاستعانة بالقطاع الخاص في تحضير الخصوم وفق ضوابط تحددها اللوائح اللازمة لهذا النظام، وتطبق على موظفي القطاع الخاص القواعد والإجراءات المنظمة لأعمال المحضرين»؛ **ومن صور التفعيل**: أن تَطرح وزارةُ العدل مناقصةً



على شركات البريد السريع ونحوها، بحيث تتولى شركة واحدة التبليغ في جميع محاكم المملكة. وقد سبق ذكر ست مقترحات لطريقة عمل هذه الشركة وذلك في المبحث الأول، الموضع الأول.

التوصية الحادية عشرة: أن تمضي وزارة العدل قدمًا في وضع مدونة قضائية استرشادية يضعها علماء معتبرون وقضاة متمرسون وخبراء متميزون، وتشمل جميع المسائل ذات الصلة بالأحكام القضائية؛ لأن تخريج وقائع المنازعات القضائية المعاصرة على كتب الفقه كثير منه يحتاج إلى بحث مضنٍ، وملكة عالية في الاستنباط، للتفاوت الكبير بين مستجدات العصر ووقائع العصور السابقة، وتأخر القاضي في درك الحكم الشرعي أحد الأسباب الرئيسية في تأخر صدور الحكم، وله مندوحة في تقليد من وضعوا المدونة، ولاسيما إذا أشكل عليه الأمر، أو ضاق به الوقت(١).

التوصية الثانية عشرة: هذا البحث يمثل الجانب الثاني النظامي من مشروعٍ بحثيٍّ للمساهمة في معالجة مشكلة تأخر صدور الحكمة القضائي، وسبقه الجانب الفقهي، ويعقبهما الجانب الميداني، ولكون الجانب الميداني له طريقة أخرى مستقلة في البحث، وله نوع خصوصية لكون أبرز عينات البحث فيه من القضاة؛ **أوصي بإفراده في مشروع آخر مستقل** يشترك فيه فريق من الباحثين، والأنسب أن يتم التنسيق فيه مع وزارة العدل؛ باعتبارها الجهة المستفيدة من نتائجه، ولأن الشريحة الأهم من عينات البحث من منسوبي الوزارة.

---

(١) وقد أفرد الباحث بحثًا مستقلًا له نوع تعلق بهذه التوصية، بعنوان: حكم تقليدِ العالِمِ للعالِمِ، وهو منشور في مجلة كلية دار العلوم بجامعة القاهرة.

والخطة المقترحة لهذا المشروع تتلخص في الآتي:

١. مقابلة عينات البحث من القضاة وأعوان القضاة والمحامين والمراجعين للمحاكم، لأخذ آرائهم حول أسباب تأخر صدور الحكم القضائي، والحلول المناسبة لتجاوزها، وهذه المقابلات تكون بشكل فردي وعلى شكل حلقات نقاش.

٢. الاستفادة من آراء عينات البحث وفريق العمل في وضع أسئلة الاستبانة، ومن ثم تحكيمها تحكيمًا علميًا.

٣. توزيع الاستبانات على جميع الشرائح المعنية بالتقاضي، بدءًا بالممارسين، وانتهاءً بمن يعبّرون عن الرأي العام، والاستفادة من التقنية الحديثة في توسيع دائرة المسح.

٤. تجميع الاستبانات، وإدخال بياناتها وتحليل نتائجها.

٥. كتابة التقرير النهائي والتوصيات.

وفي نهاية هذا البحث: أسأل المولى جل وعلا أن ينفع به كاتبه وقارئه، والمعنيين بالتقاضي، وأن يجعله في ميزان حسناتنا جميعًا، وأن يغفر لنا ما حصل فيه من خطأ أو تقصير، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

قائمة المصادر

١) أبجديات البحث في العلوم الشرعية؛ محاولة في التأصيل المنهجي. د. فريد الأنصاري. الدار البيضاء: منشورات الفرقان. ط الأولى، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

٢) أحكام تأخير القاضي لحكمه. للباحث، وهو قيد النشر في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

٣) أحكام تسبب الخصوم في تأخير صدور الحكم القضائي. للباحث، وهو قيد النشر في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

٤) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول. محمد بن علي الشوكاني (ت١٢٥٠هـ). تحقيق: أ.د. شعبان محمد إسماعيل. مصر: دار الكتبى. الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م.

٥) الأشباه والنظائر (أصله رسالتا ماجستير للمحققين). محمد بن عمر، ابن الوكيل (ت٧١٦هـ). تحقيق: أ.د. أحمد العنقري، ود. عادل الشويرخ. الرياض: مكتبة الرشد. الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.

٦) الأشباه والنَّظائر على مذهب أبي حنيفةَ النُّعمان. زين الدين بن إبراهيم، المعروف بابن نجيم (ت٩٧٠هـ). تعليق: زكريا عميرات. بيروت: دار الكتب العلمية. ط الأولى، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م.

٧) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية. عبدالرحمن بن أبي بكر،

الجلال السيوطي (ت٩١١هـ). تحقيق: محمد محمد تامر وشريكه. القاهرة: دار السلام. الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.

٨) الأشباه والنظائر. عبدالوهاب بن علي بن عبد الكافي، التاج ابن السبكي (ت٧٧١هـ). بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.

٩) أصول البحث العلمي ومناهجه. د. أحمد بدر. الكويت: وكالة المطبوعات. ط السادسة، ١٩٨٢م.

١٠) أعلام الموقعين عن رب العالمين. محمد بن أبي بكر، أبو عبدالله ابن قيم الجوزية (ت٧٥١هـ). تعليق: محمد المعتصم بالله البغدادي. بيروت: دار الكتاب العربي. الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م.

١١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. علي بن سليمان المرداوي (ت٨٨٥هـ). تحقيق: أ.د. عبد الله التركي وشريكه. القاهرة: هجر. الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

١٢) أنوار البروق في أنواء الفروق. أحمد بن إدريس، أبو العباس الشهاب القرافي (ت٦٨٤هـ). بيروت: عالم الكتب. (مصور عن طبعة دار إحياء الكتب العربية، عام ١٣٤٧هـ).

١٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق. زين الدين بن إبراهيم، ابن نجيم (ت٩٧٠هـ). وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين الطوري (ت بعد ١١٣٨هـ). دار الكتاب الإسلامي. ط الثانية (بدون تاريخ ط).

١٤) البحر المحيط في أصول الفقه. محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي

(ت٧٩٤هـ). تحرير ومراجعة: د. عمر الأشقر وآخرون. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (بدون رقم الطبعة وتاريخها).

١٥) بدائع الفوائد.

١٦) البرهان في أصول الفقه. عبدالملك بن عبدالله، أبو المعالي الجويني (ت٤٧٨هـ). حققه: د. عبدالعظيم الدّيب. المنصورة: دار الوفاء. الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

١٧) البناية شرح الهداية. محمود بن أحمد بن موسى، بدر الدين العينى (ت٨٥٥هـ). بيروت: دار الفكر. الطبعة الثانية، ١٤١١هـ/ ١٩٩٠م.

١٨) البيان في مذهب الإمام الشافعي. يحيى بن أبي الخير العمراني (ت٥٥٨هـ). تحقيق: قاسم محمد النوري. جدة: دار المنهاج. ط الأولى، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.

١٩) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة. محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت٥٢٠هـ). تحقيق: د محمد حجي وآخرون. بيروت: دار الغرب الإسلامي. ط الثانية، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.

٢٠) التاج والإكليل لمختصر خليل. محمد بن يوسف العبدري (ت٨٩٧هـ). دار الكتب العلمية. ط الأولى، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٤م.

٢١) التاريخ الكبير. محمد بن إسماعيل البخاري (ت٢٥٦هـ). بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، (بدون رقم الطبعة وتاريخها).

٢٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ. عثمان بن علي الزيلعي (ت٧٤٣هـ). القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية. ط الأولى، ١٣١٣هـ.

٢٣) تخريج الفروع على الأصول. محمود بن أحمد الزنـجاني (ت٦٥٦هـ). حـقـقـه: د. محمد أديب صالح. بيروت: مؤسسة الرسالة. الطبعة الخامسة، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م.

٢٤) ترتيب اللآلي في سلك الأمالي (أصله رسالة ماجستير للمحقق). محمد بن سليمان ناظر زادة (كان حيًا ١٠٦١هـ). تحقيق: خالد بن عبدالعزيز آل سليمان. الرياض: مكتبة الرشد. الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.

٢٥) تعارض دلالة اللفظ والقصد في أصول الفقه والقواعد الفقهية (أصله رسالة دكتوراه). د. خالد بن عبد العزيز آل سليمان. الرياض: دار كنوز إشبيليا. الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م.

٢٦) تعميم من رئيس المجلس الأعلى للقضاء، برقم ٦٤٩/ت، بتاريخ ١٣/٨/١٤٣٦هـ.

٢٧) تعميم من رئيس المجلس الأعلى للقضاء، برقم ٨٩٠/ب، وتاريخ ١/٦/١٤٣٨ه.

٢٨) تعميم من رئيس المجلس الأعلى للقضاء، برقم ٩١٢/ت، في ١/٨/١٤٣٨ه.

٢٩) تعميم من رئيس المجلس الأعلى للقضاء، برقم ٩١٢/ت، وتاريخه ١/٨/١٤٣٨هـ.

٣٠) تقـرير القـواعد وتحـرير الفوائد. عبدالرحمن بن أحـمـد، الحافظ ابن رجـب الحنبلي (ت٧٩٥هـ). تحقيق: مشهور آل سلمان. الخبر: دار ابن عفان. الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.

٣١) التلويح إلى كشف حقائق التنقيح (التلويح على التوضيح). مسعود بن عمر، السعد التفتازاني (ت٧٩٢هـ). بيروت: دار الكتب العلمية. (بدون رقم الطبعة وتاريخها).

٣٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. محمد بن أحمد الدسوقي (ت١٢٣٠هـ). دار الفكر (بدون رقم ط وتاريخها).

٣٣) حاشيتا القليوبي وعميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين. مصر: مكتبة ومطبعة البابي. الطبعة الثالثة، ١٣٧٥هـ/ ١٩٥٦م.

٣٤) حقيقة التحكيم في الشريعة والقانون. بحث مقدم في المؤتمر الدولي للقضاء والتحكيم، وقد نشر في سجل المؤتمر، وأقيم في المعهد العالي للقضاء في الرياض، بتاريخ ٢٨-٢٩/ ١٢/ ١٤٣٦هـ.

٣٥) حلية الأولياء. أبو نعيم.

٣٦) درر الحكام شرح غرر الأحكام. محمد بن فرامرز الشهير بملا خسرو (ت٨٨٥هـ). دار إحياء الكتب العربية. ومعه حاشية الشرنبلالي (بدون رقم ط وتاريخها).

٣٧) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. علي حيدر أمين أفندي (ت١٣٥٣هـ). تعريب: فهمي الحسيني. دار الجيل. ط الأولى، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.

٣٨) الذخيرة. أحمد بن إدريس القرافي (ت٦٨٤هـ). تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بو خبزة. بيروت: دار الغرب الإسلامي. ط الأولى، ١٩٩٤م.

٣٩) رد المحتار على الدر المختار. محمد أمين بن عمر، ابن عابدين (ت١٢٥٢هـ). ومعه تكملته: قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار لمحمد بن (محمد أمين المعروف بابن عابدين) (ت١٣٠٦هـ). بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع (بدون رقم ط وتاريخها).

٤٠) رسالة الكرخي في الأصول (مطبوع مع تأسيس النظر). عبيد الله بن الحسين، أبو الحسن الكرخي (ت٣٤٠هـ). تحقيق: مصطفى القباني. بيروت: دار ابن زيدون، القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية. (بدون رقم الطبعة وتاريخها).

٤١) الروض المربع شرح زاد المستقنع. منصور بن يونس البهوتي (ت١٠٥١هـ). (مطبوع مع حاشية ابن قاسم). الطبعة الرابعة، عام ١٤١٠هـ. (بدون دار نشر).

٤٢) شرح المجلة. محمد خالد الأتاسي (ت١٣٢٦هـ) وأتمها ابنه: محمد طاهر (ت١٣٤١هـ). باكستان: المكتبة الحبيبية (بدون رقم الطبعة وتاريخها).

٤٣) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول. أحمد بن إدريس، أبو العباس القرافي (ت٦٨٤هـ). حققه: طه عبدالرؤوف سعد. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية (بدون رقم الطبعة وتاريخها).

٤٤) شرح ميارة (الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام). محمد بن أحمد الفاسي، المعروف بميارة (ت١٠٧٢هـ). دار المعرفة (بدون رقم ط وتاريخها).

٤٥) غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر. السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي (ت١٠٩٨هـ). بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

٤٦) الفتاوى الكبرى. أحمد بن عبد الحليم، شيخ الإسلام ابن تيمية (٧٢٨هـ). تحقيق: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا. بيروت: دار الكتب العلمية. القاهرة: دار الريان. الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.

٤٧) فتح القدير. كمال الدين محمد بن عبد الواحد، ابن الهمام (ت٨٦١هـ). دار الفكر (بدون رقم ط وتاريخها).

٤٨) الفروع. أبو عبد الله محمد بن مفلح بن محمد (ت٧٦٣هـ). (ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي المرداوي). تحقيق: أ. د. عبد الله بن عبد المحسن التركي. بيروت: مؤسسة الرسالة. ط الأولى، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣مـ.

٤٩) قانون الإجراءات المدنية السوداني (سنة ١٩٨٣م).

٥٠) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري (سنة ٢٠٠٨م).

٥١) القواعد (أصله رسالة دكتوراه للمحقق). محمد بن محمد المقري (ت٧٥٨هـ). تحقيق: د. أحمد ابن عبدالله بن حميد. مكة المكرمة: جامعة أم القرى، مركز إحياء التراث الإسلامي (بدون رقم الطبعة وتاريخها).

٥٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام. عز الدين بن عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي (ت٦٦٠هـ). بيروت: دار الكتب العلمية (بدون رقم الطبعة

وتاريخها).

٥٣) قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية (أصله رسالة دكتوراه). د. مصطفى بن كرامة الله مخدوم. الرياض: دار إشبيليا. الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.

٥٤) الكافي في فقه الإمام أحمد. عبدالله بن أحمد، الموفق ابن قدامة المقدسي (ت٦٢٠). دار الكتب العلمية. ط الأولى، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

٥٥) كشاف القناع عن متن الإقناع. منصور بن يونس البهوتى (ت١٠٥١هـ). دار الكتب العلمية (بدون رقم ط وتاريخها).

٥٦) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي. عبدالعزيز بن أحمد، العلاء البخاري (ت٧٣٠هـ). تخريج: محمد المعتصم بالله البغدادي. بيروت: دار الكتاب العربي. الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

٥٧) لسان العرب. محمد بن مكرم، ابن منظور (ت٧١١هـ). بيروت: دار صادر. ط الثالثة، عام ١٤١٤هـ.

٥٨) اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية. المملكة العربية السعودية، وزارة العدل.

٥٩) المبدع في شرح المقنع. إبراهيم بن محمد، أبو إسحاق ابن مفلح (ت٨٨٤هـ). بيروت: دار الكتب العلمية. ط الأولى، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.

٦٠) المبسوط. محمد بن أحمد السرخسي (ت٤٨٣هـ). بيروت: دار المعرفة. عام ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م (بدون رقم ط وتاريخها).

٦١) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد. الحافظ علي بن أبي بكر الهيثمي (ت٨٠٧هـ). بيروت: دار الكتاب العربي. الطبعة الثالثة، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

٦٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية. جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وساعده ابنه محمد. طبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، عام ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م. (بدون رقم الطبعة).

٦٣) المحصول في علم أصول الفقه. محمد بن عمر بن الحسين، الفخر الرازي (ت٦٠٦هـ). بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.

٦٤) مسند الإمام أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ). أشرف على التحقيق: أ. د. عبد الله ابن عبد المحسن التركي. بيروت: مؤسسة الرسالة. الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.

٦٥) مسند البزار (البحر الزخار). أحمد بن عمرو الإمام البزار (ت٢٩٢هـ). تحقيق: د. محفوظ الرحمن زين الله. المدينة المنورة: مكتبة العلوم والحكم. الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م.

٦٦) المصالح والوسائل من كتاب القواعد الكبرى لسلطان العلماء العز بن عبد السلام (أصله رسالة دكتوراه). د. محمد أقصري. الجزائر: مركز الإمام الثعالبي، بيروت: دار ابن حزم. الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م.

٦٧) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. مصطفى بن سعد السيوطي (ت١٢٤٣هـ). المكتب الإسلامي. ط الثانية، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.

٦٨) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (ت٩٧٧هـ). دار الكتب العلمية. ط الأولى، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.

٦٩) المغني. عبدالله بن أحمد، الموفق ابن قدامة المقدسي (ت٦٢٠). مكتبة القاهرة. عام ١٣٨٨هـ/ ١٩٦٨م (بدون رقم ط).

٧٠) مقاصد الشريعة الإسلامية. محمد الطاهر بن عاشور (ت١٣٩٤هـ). تحقيق: الشيخ محمد الحبيب، ابن الخوجة. الدوحة: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. عام ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م (بدون رقم الطبعة).

٧١) المنثور في القواعد. بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي (ت٧٩٤هـ). تحقيق: د. تيسير فائق أحمد. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طباعة شركة دار الكويت للصحافة. الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

٧٢) منح الجليل شرح مختصر خليل. محمد بن أحمد بن محمد عليش، (ت١٢٩٩هـ). بيروت: دار الفكر. عام ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م (بدون رقم ط).

٧٣) الموافقات في أصول الفقه. إبراهيم بن موسى، أبو إسحاق الشاطبي المالكي (ت٧٩٠هـ). شرح: عبدالله دراز. بيروت: دار الكتب العلمية (بدون رقم الطبعة وتاريخها).

٧٤) الموسوعة الفقهية. إصدار: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت. الطبعة الثالثة، ١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م.

٧٥) موقع جريدة الرياض: http://www.alriyadh.com/1540240

٧٦) موقع حكومة أبو ظبي: http://cutt.us/MLxWV

٧٧) موقع دائرة محاكم رأس الخيمة: http://cutt.us/dbjn3

٧٨) موقع صحيفة الحياة: http://cutt.us/F9Bag

٧٩) موقع صحيفة اليوم: http://cutt.us/NMQb

٨٠) موقع صحيفة سبق الإلكترونية: http://cutt.us/Puxcg

٨١) موقع محاكم دبي: http://cutt.us/X5vzU

٨٢) موقع وكالة أنباء الإمارات: http://cutt.us/JFX6z

٨٣) نظام الإجراءات الجزائية. المملكة العربية السعودية. منشور في الموقع الشبكي لهيئة الخبراء بمجلس الوزراء.

٨٤) نظام المرافعات الشرعية. المملكة العربية السعودية. منشور في الموقع الشبكي لهيئة الخبراء بمجلس الوزراء.

٨٥) نظام المرافعات أمام ديوان المظالم. المملكة العربية السعودية، هيئة الخبراء بمجلس الوزراء.

٨٦) نيل السول على مرتقى الوصول. محمد يحيى الولاتي المالكي (ت١٣٢٩هـ). مراجعة: بابا محمد عبد الله محمد يحيى الولاتي. الرياض: دار عالم الكتب. الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

٨٧) الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني. محفوظ بن أحمد الكلوذاني (ت٥١٠هـ). تحقيق: عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل. مؤسسة غراس للنشر والتوزيع. ط الأولى، ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.



عبء الإثبات في دعوى تضمين المضارب وتطبيقاته القضائية

إعداد

د. مساعد بن عبدالله بن حمد الحقيل

عضو هيئة التدريس في المعهد العالي للقضاء



مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد:

فإن شركة المضاربة من أهم أوعية التجارة واستثمار الأموال، إذ تتكامل فيها رؤوس الأموال مع خبرات وجهود الأيدي العاملة بها. وعقد المضاربة من أقدم العقود التي عرفت في الجاهلية قبل الإسلام، فإن ((المضاربة كانت مشهورة بينهم في الجاهلية لا سيما قريش، فان الأغلب كان عليهم التجارة، وكان أصحاب الأموال يدفعونها إلى العمال، ورسول الله ﷺ قد سافر بمال غيره قبل النبوة كما سافر بمال خديجة، والعير التي كان فيها أبو سفيان كان أكثرها مضاربة مع أبي سفيان وغيره، فلما جاء الإسلام أقرها رسول الله ﷺ، وكان أصحابه يسافرون بمال غيرهم مضاربة ولم ينه عن ذلك، والسنة قوله وفعله وإقراره، فلما أقرها كانت ثابتة بالسنة))(١).

وفي عصرنا الحاضر تطورت طبيعة شركات المضاربة تبعاً لتطور أساليب التجارة والإدارة المعاصرة، مما يستوجب إمعان النظر عند تنزيل القواعد العامة لأحكام المضاربة وتحقيق مناطها في الصور المعاصرة، مع مراعاة أثر المستجدات في تحقيق مناط بعض الأحكام.

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية (١٩/ ١٩٥).



وإن من أهم المسائل القضائية المتعلقة بعقد المضاربة، والتي تحتاج إلى تأصيل وتحرير: عبء الإثبات في دعوى تضمين المضارب؛ إذ إن غالب الدعاوى المقامة من أصحاب الأموال ضد المضاربين بأموالهم تتعلق بالمطالبة بتحميل المضارب مسؤولية ما يلحق بمال المضاربة من الخسارة والتلف.

والأصل في هذه المنازعات هو تصديق قول المضارب بنفي أسباب الضمان عنه، ومن ثم مطالبة رب المال بإقامة البينة على ما يدعيه من تعدي المضارب أو تفريطه بمال المضاربة. لكن إعمال هذا الأصل ليس عاماً في كل الصور، إذ يُنتقل عنه في بعض الأحوال إلى مطالبة المضارب بإقامة البينة على ما يوجب دفع الضمان عن نفسه.

لذا عزمت مستعيناً بالله على كتابة هذا البحث: **(عبء الإثبات في دعوى تضمين المضارب وتطبيقاته القضائية)**، جمعت فيه بين التأصيل الفقهي للمسألة ببيان الأصل فيها ودراسة أبرز الصور الاستثنائية من هذا الأصل والتي ينتقل فيها عبء الإثبات إلى المضارب، ثم أعقبت التأصيل الفقهي لكل صورة من الصور بدراسة تطبيق قضائي من الأحكام الصادرة عن محاكم القضاء التجاري أو القضاء العام في المملكة العربية السعودية.

وانتظمت خطة هذا البحث في مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة، على النحو الآتي:

المبحث الأول: المقصود بعبء الإثبات في دعوى تضمين المضارب.

المبحث الثاني: الأصل في المضارب.

المبحث الثالث: تكليف المضارب عبء الإثبات.

والله أسأل أن يجعل ما كتبته خالصاً لوجهه ونافعاً لعباده، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المبحث الأول
المقصود بعبء الإثبات في دعوى تضمين المضارب

عبء الإثبات: مصطلح شاع استعماله عند المتأخرين، ويراد به: تكليف أحد الخصوم بإقامة الحجة والدليل على ما يدعيه[١]. والمصطلح الشائع عند الفقهاء المتقدمين لهذا المعنى هو التعبير بقولهم: (يقبل قوله) أو (القول قوله) أو (صدق بيمينه) لمن يكلف خصمه هذا العبء[٢].

والدعوى في اللغة: الطلب[٣].

وفي الاصطلاح: ((إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته))[٤].

والضمان مصدر ضمنت الشيء أضمنه ضماناً[٥]، وللضمان في اللغة عدة

(١) ينظر: وسائل الإثبات للزحيلي (٢/ ٦٤٦).

(٢) ينظر: المبسوط (٢٢/ ١٠٧)، منح الجليل (٧/ ٣٧٦)، روضة الطالبين (٦/ ٣٤٦)، كشاف القناع (٣/ ٥٢٣).

(٣) ينظر: تاج العروس (٣٨/ ٥٢) مادة (دعو).

(٤) كشاف القناع (٦/ ٣٨٤). وينظر: الدر المختار (ص٥١٠)، الذخيرة (١١/ ٥)، أسنى المطالب (٤/ ٣٨٦).

(٥) ينظر: تهذيب الأسماء واللغات (٣/ ١٨٣).

معان، منها: التغريم، يقال: ضمنته المال تضميناً، أي: غرمته إياه[1].

وللضمان عند الفقهاء عدة إطلاقات، وأقربها لعنوان هذا البحث إطلاقه بمعنيين:

المعنى الأول: غرامة الإنسان ما باشره أو تسبب فيه من الإتلافات والغصوب والعيوب والتغيرات الطارئة[2]. **والمعنى الثاني:** تحمل تبعة الهلاك والتعيّب[3].

والمضارب: هو العامل في عقد المضاربة.

والمضاربة في اللغة: مشتقة من الضرب في الأرض وهو السفر فيها للتجارة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل:٢٠] ، وقيل: إنها مشتقة من ضرب كل واحد منهما في الربح بسهم[4].

والمضاربة في الاصطلاح الفقهي: ((عقد شركة في الربح، بمال من جانب رب المال، وعمل من جانب المضارب))[5].

وشركة المضاربة تبرم بين طرفين، هما: رب المال، والعامل المضارب.

---

(١) ينظر: مادة (ضمن) في الصحاح (٦/ ٢١٥٥)، تاج العروس (٣٥/ ٣٣٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)، التاج والإكليل (٧/ ٣٢٥)، أسنى المطالب (٢/ ٣٥٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣١٠)، الموسوعة الفقهية (٢٨/ ٢١٩).

(٣) ينظر: المبسوط (١٣/ ٩)، الذخيرة (٩/ ٤٨)، الحاوي الكبير(٥/ ٢٢١)، المبدع (٤/ ١٣).

(٤) ينظر: المطلع (ص٣١٢)، تاج العروس (٣/ ٢٥١) مادة (ضرب).

(٥) الدر المختار (ص ٥٤٥). وينظر: الذخيرة (٦/ ٢٣)، كفاية النبيه (١١/ ٩٤)، المغني (٥/ ١٩). ولفظ المضاربة يغلب استعماله عند الحنفية والحنابلة على لغة أهل العراق، ويغلب عند المالكية والشافعية تسمية هذا العقد قراضاً على لغة أهل الحجاز.

والمقصود بعبء الإثبات في دعوى تضمين المضارب: بيان من يتحمل عبء الإثبات عند نشوء النزاع بين رب المال والمضارب في تحمل ضمان مال المضاربة عند تلفه أو خسارته، هل هو رب المال فيكلف بإقامة البينة على فعل المضارب ما يستوجب ضمانه لمال المضاربة، أو المضارب فيكلف بإقامة البينة على إثبات ما يدعيه من أمور يترتب على ثبوتها دفع الضمان عن نفسه.

المبحث الثاني
الأصل في المضارب

الأصل في المضارب أنه أمين على ما تحت يده من أموال المضاربة.

والأمانة: ضد الخيانة، مأخوذة من الأمن، وهو الاطمئنان وسكون القلب(١).

وضابط الحكم على من حاز المال بأنه أمين: أن يكون قد حاز المال بإذن من الشارع أو من مالكه أو من يقوم مقامه، بغير قصد تملكه، كالمستأجر، والوديع، والوكيل، والشريك، والمضارب، وناظر الوقف، وولي الصغير والمجنون(٢).

ويترتب على وصف المضارب بالأمانة أثران:

الأثر الأول: أنه لا يضمن أموال المضاربة ما لم يتعد أو يفرط فيها.

قال ابن عبدالبر: ((ولا خلاف بين العلماء أن المقارض -أي المضارب- مؤتمن، لا ضمان عليه فيما يتلفه من المال من غير جناية منه فيه ولا استهلاك له ولا تضييع، هذه سبيل الأمانة، وسبيل الأمناء))(٣).

---

(١) ينظر: مادة (أمن) في مقاييس اللغة (١/ ١٣٣).

(٢) ينظر: المنثور في القواعد الفقهية (٢/ ٣٢٣)، تقرير القواعد (١/ ٢٩٤)، القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤)، الموسوعة الفقهية (٢٨/ ٢٥٨).

(٣) الاستذكار (٢١/ ١٢٤). وينظر: المبسوط (٢٢/ ١٠٦)، الجامع لمسائل المدونة (١٥/ ٦٢٢)، البيان للعمراني (٦/ ٤٥٧)، كشاف القناع (٣/ ٥٠٨).

ووجه عدم تضمين المضارب في حال عدم التعدي والتفريط: أنه بالإذن له بالتصرف يكون في مقام المالك في اليد والتصرف، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك [(١)]، كما أن المال تلف في يده على وجه مأذون له فيه، والجواز الشرعي ينافي الضمان[(٢)].

والتعدي: أن يفعل في المال ما ليس له فعله، مما لم تأذن له به الشريعة ولا رب المال، لفظاً ولا عرفاً [(٣)].

والتفريط: أن يترك ما يجب عليه فعله من حفظ المال [(٤)].

ووجه تضمين المضارب حال حصول التعدي أو التفريط: أن الإذن بالتصرف هو مناط كونه أميناً، فإذا خالف الشرط اللفظي أو العرفي في التصرف، فإنه يكون في القدر غير المأذون له فيه بمعنى الغاصب، فيصير ضامناً [(٥)].

الأثر الثاني: أن الأصل هو قبول قول المضارب في نفي سبب الضمان عن نفسه.

قال السرخسي: ((ولو لم يكن عمل بالمال وضاع فالقول قول المضارب؛ لأن رب المال يدعي عليه سبب الضمان، والمضارب ينكر، والبينة بينة رب المال؛

---

(١) ينظر: المبسوط (٢٣/ ١٢٨)، الحاوي الكبير (٦/ ٥٠٢)، المغني (٥/ ٧٥).

(٢) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٩٢)، القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤).

(٣) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٠/ ٩٣)، القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤)، الموسوعة الفقهية (٢٨/ ٢٢٢).

(٤) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٠/ ١٨٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ٢١٥)، القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤)، الموسوعة الفقهية (١٣/ ٨٢).

(٥) ينظر: المبسوط (٢٢/ ١٩)، منح الجليل (٧/ ٣٥١)، الحاوي الكبير (٧/ ٣٤٠)، المغني (٥/ ٣٩).



لإثباته بالضمان ديناً في ذمة المضارب))[١].

وقال ابن عبدالبر: ((والمقارض أمين مقبول قوله فيما يدعيه من ضياع المال وذهابه والخسارة فيه، إلا أن يتبين كذبه))[٢].

وقال الجويني: ((لم يختلف علماؤنا في أن يد المقارض يد أمانة فيما يتلف في يده من غير تقصير، فلا ضمان عليه فيه. ولو ادعى تلفاً وكان ما ادعاه ممكناً، فأنكر رب المال، فالقول قول المقارض مع يمينه. ولا يشترط في تصديقه مع يمينه أن يغلب على القلب صدقه، بل يكفي إمكان صدقه))[٣].

وقال البهوتي: ((القول قوله أي العامل... فيما يدعيه من هلاك وخسران؛ لأن تأمينه يقتضي ذلك، ومحل ذلك: إن لم تكن لرب المال بينة تشهد بخلاف ذلك... ويقبل أيضاً قول العامل في نفي ما يدعي عليه من خيانة أو جناية أو مخالفته شيئاً مما شرطه رب المال عليه؛ لأن الأصل عدم ذلك... ويقبل قوله أي العامل أنه أي رب المال لم ينهه عن بيعه نَسَاءً أو أنه لم ينهه عن الشراء بكذا؛ لأن الأصل معه...))[٤].

---

(١) المبسوط (٢٢/ ٩٤).

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٧٧٢).

(٣) نهاية المطلب (٧/ ٤٦٩).

(٤) كشاف القناع (٣/ ٥٢٣).

ويستند الفقهاء في جعل الأصل تصديق قول المضارب - فيما يدعيه من نفي سبب ضمان مال المضاربة عن نفسه- إلى عدة أمور:

الأول: أن رب المال قد رضي أمانته، ومقتضى هذا الائتمان تصديق قوله في ذلك [(١)].

الثاني: أن كثيراً من الوقائع التي ينشأ عنها ثبوت الضمان أو انتفائه يتعذر على المضارب إقامة البينة عليها، فلا يكلف إثبات ما يتعذر إثباته [(٢)].

الثالث: أن دعوى رب المال على العامل ما يقتضي تضمينه – كوقوع التعدي أو التفريط- خلاف الأصل فهو منكر، والمنكر لا يكلف عبء الإثبات[(٣)].

فإذا تقرر أن الأصل هو عدم وقوع التعدي والتفريط من المضارب، وأن الأصل تصديقه في نفي ذلك عن نفسه، فإن الواجب استصحابه في النظر القضائي هو كون المضارب مدعىً عليه في دعوى تضمينه؛ لموافقة نفيه للأصل، ويكون خصمه مدعياً يتحمل عبء الإثبات، فإن لم يثبت دعواه ببينة، فإن قول المضارب مصدق بيمينه؛ لقوله ﷺ للمدعي: «بينتك أو يمينه»[(٤)]، وقوله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على

(١) ينظر: المبسوط (٢٢/ ١٤١)، منح الجليل (٧/ ٣٧٦)، المنثور في القواعد الفقهية (١/ ٢٠٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٢٦).

(٢) ينظر: المهذب في فقه الشافعي (٢/ ١٨٧)، المغني (٥/ ٧٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٠٢).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١١٠)، المغني (٥/ ٧٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٢٦).

(٤) أخرجه البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ﴾ (٦/ ٣٤) رقم (٤٥٤٩)؛ ومسلم بنحوه، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار (١/ ١٢٢) رقم (١٣٨)، من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.



المدعى عليه »[1]، وفي رواية: « ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[2].

قال ابن فرحون: ((وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد المدعي والمدعى عليه... وكلامهم وتحويمهم على شيء واحد، وهو أن المتمسك بالأصل هو المدعى عليه، ومن أراد النقل عنه فهو المدعي))[3].

وقال ابن القيم: ((ولما قوي جانب المدعى عليه بالبراءة الأصلية، كانت اليمين في حقه، وكذلك الأمناء... القول قولهم، ويحلفون لقوة جانبهم بالأيمان. فهذه قاعدة الشريعة المستمرة))[4].

التطبيق القضائي:

الحكم رقم: ٥٩/ ٩/ ٢٢ لعام ١٤٣٢هـ، والمصدق من محكمة الاستئناف برقم: ١٢٤/ ٢/ لعام ١٤٣٣هـ، ومما جاء في تسبيبه:

---

(١) أخرجه البخاري بنحوه، كتاب تفسير القرآن، باب ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ﴾ (٦/ ٣٥) رقم (٤٥٥٢)؛ ومسلم بلفظه، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه (٣/ ١٣٣٦) رقم (١٧١١)، عن عبدالله بن عباس رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات (٤/ ١١٤) رقم (٣١٩١)؛ والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب القسامة، باب أصل القسامة والبداية فيها مع اللوث بأيمان المدعي (٨/ ١٢٣) رقم (١٦٢٢٢)، من حديث عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما. وحسنه ابن رجب في جامع العلوم والحكم (٢/ ٢٢٦)، وقال: ((وقد استدل الإمام أحمد وأبو عبيد أن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»، وهذا يدل على أن هذا اللفظ عندهما صحيح محتج به، وفي المعنى أحاديث كثيرة)).

(٣) تبصرة الحكام (١/ ١٤٠).

(٤) الطرق الحكمية (١/ ١٩٣).



((لما كان النزاع الحاصل بين الطرفين ناشئاً عن عقد المضاربة القائم بينهما، والمتمثل في تسليم المدعي مبلغاً قدره (١٥٠٠٠) خمسة عشر ألف ريال للمدعى عليه ليكون شريكاً معه في النصف في محله المسمى (...)... ولما كان المدعي يهدف من إقامة دعواه إلى إلزام المدعى عليه بدفع مبلغ (١٥٠٠٠) خمسة عشر ألف ريال، والتي تمثل رأس ماله في الشراكة المبرمة بينه وبين المدعى عليه في المحل، ولما كان المدعى عليه يدفع بأن المحل قد احترق بالكامل وأنه باع البضاعة المتبقية في المحل على ما فيها من تلفيات نتيجة الاحتراق بمبلغ قدره(٢٥٠٠) ألفان وخمسمائة ريال، ولما كان المدعي لم يقدم بينته على أن المدعى عليه هو من قام بإحراق المحل أو تسبب في إحراقه بتعد منه أو بتفريط، وحيث إن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ قد اتفقوا على أن القول قول المضارب في دعواه تلف المال أو خسارته؛ لأن تصرفه في مال غيره بإذنه ولم يختص هو بنفعه فكان أميناً، والأمين مصدق فيما اؤتمن عليه، والأصل عدم الخيانة، هذا إذا لم تقم بينة على كذبه وخيانته وإلا ضمن... ولما كان المدعى عليه قد حلف يمين الاستظهار في أنه لم يتسبب بإحراق المحل، ولم يكن الحريق نتيجة تقصير منه، وأنه قام ببيع البضاعة المتبقية بقيمة (٢٥٠٠) ألفين وخمسمائة ريال، وحيث أنه من المقرر عند الفقهاء أن الوضيعة والخسارة على قدر المال... ولما كان المدعى عليه قد باع البضاعة المتبقية في المحل بعد تلفه بمبلغ ألفين وخمس مائة ريال، فإن المدعي يستحق نصف المبلغ تأسيساً على ما سبق إيضاحه... لذلك كله حكمت الدائرة: بإصرارها على حكمها... القاضي بإلزام... بأن يدفع لـ... مبلغاً قدره (١٢٥٠) ألف ومائتان وخمسون ريالاً...)).



التعليق على الحكم:

يظهر من سياق الوقائع أن حقيقة الشراكة محل الدعوى أنها تجمع شركة ومضاربة، وليست مضاربة متمحضة كما وصفتها الدائرة، فالعامل شريك بماله ومضارب بعمله لشريكه على وجه الانفراد بالعمل.

قال ابن قدامة: ((القسم الرابع: أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما. فهذا يجمع شركة ومضاربة، وهو صحيح...))(١).

وقد جرى القضاء في هذا الحكم على استصحاب الأصل في حال الشريك المضارب، وهو تصديق قوله في نفي تعديه وتفريطه في مال الشركة، لذا كلفت الدائرة الشريكَ غير العامل بعبء إثبات تسبب الشريك المضارب بالحريق الذي أصاب المحل، فلما عجز عن إقامة البينة وجهت اليمين للشريك المضارب، فلما حلف اليمين حكمت الدائرة بعدم تضمينه حصة شريكه.

---

(١) المغني (٥/ ٢٠).

المبحث الثالث
تكليف المضارب عبء الإثبات

الأصل المستصحب في دعاوى تضمين المضارب هو تصديق قول المضارب في عدم تعديه أو تفريطه مما يترتب عليه عدم تضمينه مال المضاربة، إلا أن هذا الأصل ربما يعرض له في بعض الأحوال ظاهرٌ يضعف قول المضارب في نفي سبب الضمان عن نفسه، ويقوي جانب المدعي وهو رب المال.

والمراد بالظاهر: ما يدل الحال عليه[(١)]. فإذا عارض الأصل ظاهرٌ أقوى منه انتقل الحكم إلى الظاهر؛ لأن دلالة الحال قرائن وشواهد قائمة تنبئ بحدوث أمر يغير حالة الأصل، فتكون بمثابة دليل على كذب من يتمسك بالأصل[(٢)].

فإذا اقترن بحال المضارب أو المضارَبة دلائل ترجح وقوع تعديه أو تفريطه بمال المضاربة- مما يستلزم الحكم بتضمينه- فإن المضارب ينقلب في هذه الحال مدعياً مطالباً بالإثبات.

قال القرافي: ((فليس المدعي الطالب ولا المدعى عليه المطلوب، بل من كان قوله على خلاف أصل أو ظاهر فهو المدعي وعليه البينة. والظاهر ينقسم إلى: العادة، وظاهر الحال، والقرائن الحالية والمقالية، وكل ما أفاد ظن الصدق... فهؤلاء مطلوبون، وهم مدعون وعليهم البينة، ومن كان قوله على وفق أصل أو

---

(١) ينظر: الأصل والظاهر للرشيد (ص ٧١).

(٢) ينظر: تقرير القواعد (٣/ ١٦٢)، المدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٦٨).

ظاهر، فهو المدعى عليه ويصدّق مع يمينه، كخصوم هؤلاء المتقدمين. وبعبارة أخرى: المدعى عليه هو أرجح المتداعيين سبباً، والآخر المدعي. وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع التداعي في القراض وغيره))[١].

وربما يستشكل أن المضارب حتى لو خالف الظاهرُ قولَه، فإنه نافٍ لوقوع التعدي أو التفريط، فكيف يطالب بالبينة على النفي؟

ويجاب عن ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنه يصح إقامة البينة على النفي عند طائفة من الفقهاء، بشرط أن يكون النفي محصوراً، ويحيط به علم البينة [٢]، وهذان الشرطان من الممكن تحققهما فنياً في العصر الحاضر في كثير من صور المضاربة من خلال قيود العمليات الاستثمارية التي أجريت في أثناء فترة الاستثمار[٣].

الوجه الثاني: أن غالب ما يطلب من المضارب إثباته لأجل نفي تعديه أو تفريطه في مال المضاربة إنما هو أمر وجودي لا عدمي، وثبوته يترتب عليه نفي حصول التعدي أو التفريط من المضارب. **ومن الأمثلة على ذلك:** إثبات وقوع خسائر عامة في سوق الأسهم وقت خسارة محفظة المضاربة التي يديرها، وإثبات قيام المضارب بواجبات الاستثمار، كدراسة الجدوى للمشروع التجاري

(١) الذخيرة (٦/ ٥٤).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٨٧)، فتاوى الرملي (٣/ ١٥٠)، المدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٧٠).

(٣) ينظر: حماية رأس المال للشبيلي (ص١٢٢).

والحصول على التراخيص اللازمة، فهذه أمور وجودية يتوصل من خلال إثباتها إلى نفي حصول التعدي أو التفريط من المضارب.

وسأتناول في هذا المبحث أبرز الصور الاستثنائية، والتي يطالَب فيها المضارب بعبء إثبات قيامه بواجباته على وجه ينفي حصول التعدي أو التفريط منه في مال المضاربة، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: التهمة:

المقصود بالتهمة: غلبة الظن - المستندة إلى أسباب معقولة - بكذب ادعاء المضارب وقوع التلف أو الخسارة بمال المضاربة دون تعديه أو تفريطه(١).

ومن أمثلة القرائن الموجبة لاتهام المضارب بالتعدي أو التفريط في مال المضاربة: تحقيق خسائر في الاستثمار في الوقت الذي تكون فيه عامة الصناديق الاستثمارية في مثل ذلك النوع من الاستثمار قد حققت أرباحاً، أو تحقيق المضاربة خسائر بشكل مفاجئ دون أن يكون هناك أسباب ظاهرة (٢).

وقبول قول المضارب بنفي حصول التعدي والتفريط مقيّد بعدم وجود التهمة، فإن وجدت التهمة في قوله فإنها توجب الانتقال عن الأصل المستصحب والذي هو تصديقه، ويكون الظاهر كذبه حتى يأتي بالبينة المثبتة لصدقه.

---

(١) ينظر: نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط لحسين حامد (ص٢١)، نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط لنزيه حماد (ص١٤).

(٢) ينظر: المعايير الشرعية (ص ١٣١٢)، حماية رأس المال للشبيلي (ص١٢٠).



وتصديق قول المضارب في عدم تعديه وتفريطه – مع قيام التهمة المؤثرة – مخالف للعدل الذي قامت عليه أحكام الشريعة في المشاركات وغيرها من أنواع المعاملات [١].

والتهمة قرينة معتبرة في الشريعة، والدعوى إذا كانت مقرونة بقرائن وأحوال تعطي غلبة الظن بصحتها، فإنها تقوي جانب المدعي وتنقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه[٢].

قال ابن القيم: ((... وهكذا سائر من قلنا: القول قوله، إنما يقبل قوله إذا لم يكذبه شاهد الحال، فإن كذبه لم يقبل قوله، ولهذا يكذب المودع والمستأجر إذا ادعيا أن الوديعة أو العين المستأجرة هلكت في الحريق، أو تحت الهدم، أو في نهب العيارين ونحوهم، لم يقبل قولهم إلا إذا تحققنا وجود هذه الأسباب، فأما إذا علمنا انتفاءها فإنا نجزم بكذبهم ولا يقبل قولهم... والأصل قبول قول الأمناء، إلا حيث يكذبهم الظاهر))[٣].

---

(١) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٨/ ٣٨٥)، الطرق الحكمية (١/ ٣١).

(٢) ينظر: الطرق الحكمية (١/ ٢٥)، نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط لابن منيع (ص١).

(٣) الطرق الحكمية (١/ ٥٦ – ٥٧).

وقد جاء في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ اعتبار القرائن وعدها وسيلة للإثبات، ومن ذلك:

١- قوله تعالى عن نبيه يعقوب عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: ﴿وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍۚ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْرًا﴾ [يوسف:١٨].

قال القرطبي في تفسير هذه الآية: ((استدل الفقهاء بهذه الآية في إعمال الأمارات في مسائل من الفقه كالقسامة وغيرها، وأجمعوا على أن يعقوب عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ استدل على كذبهم بصحة القميص، وهكذا يجب على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت، فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح، وهي قوة التهمة، ولا خلاف بالحكم بها، قاله ابن العربي))(١).

٢- قوله تعالى في قصة يوسف لما اتهمته امرأة العزيز بمراودتها عن نفسها: ﴿قَالَ هِىَ رَٰوَدَتْنِى عَن نَّفْسِىۚ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيْدِكُنَّۖ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾ [يوسف:٢٦-٢٨].

قال الشنقيطي في تفسير هذه الآية: ((يفهم من هذه الآية لزوم الحكم بالقرينة الواضحة الدالة على صدق أحد الخصمين وكذب الآخر؛ لأن ذكر الله لهذه القصة في معرض تسليم الاستدلال بتلك القرينة على براءة يوسف يدل على أن الحكم

(١) الجامع لأحكام القرآن (٩/ ١٥٠).

بمثل ذلك حق وصواب؛ لأن كون القميص مشقوقاً من جهة دبره دليل واضح على أنه هارب عنها، وهي تنوشه من خلفه))(١).

٣- قوله ﷺ للملتقط: «فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها، وعددها ووكاءها، فأعطها إياه وإلا فهي لك»(٢)، فجعل ﷺ وصفه لها قرينة قائمة مقام البينة على صدق دعواه أنها له(٣).

والناظر في كلام الفقهاء يجد فيه عدداً من الفروع الفقهية تضمنت رد قول الأمين بنفي الضمان عن نفسه، وتكليفه عبء الإثبات على ما يدعيه عند وجود التهمة، مما يدل على أن الفقهاء حين قرروا أن الأصل هو تصديق قول المضارب فإن ذلك مقيّد بعدم التهمة، ومن الأمثلة على ذلك:

أولاً: تضمين الأجير المشترك فيما يخفى سبب هلاكه من الأموال دون ما لا يخفى سبب هلاكه، كما هو قول شريح وأبي يوسف ومحمد بن الحسن(٤).

قال الكاساني معللاً قولهم ومبيناً أن مناط التضمين هو التهمة: ((... هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم، فلو علموا أنهم لا يضمنون، لهلكت أموال الناس؛ لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك، وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب، والغرق الغالب، والسرق الغالب))(٥).

---

(١) أضواء البيان (٢/ ٢١٥).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب المساقاة، باب شرب الناس والدواب من الأنهار (٣/ ١١٣) رقم (٢٣٧٢)؛ ومسلم، كتاب اللقطة (٣/ ١٣٤٩) رقم (١٧٢٢)، عن زيد بن خالد الجهني رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

(٣) ينظر: الطرق الحكمية (١/ ٢٠)، تبصرة الحكام (٢/ ١١٩).

(٤) ينظر: المبسوط (١٥/ ٨٠).

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠).

ثانياً: ما قرره فقهاء المالكية من أن يد المستعير والمرتهن مع أنها أيدي أمانة في الأصل، إلا أن هلاك العين التي يخفى هلاكها- ويطلقون عليها مصطلح: (ما يغاب عليه) - تنقلب معه أيديهم إلى أيدي ضمان للتهمة، فيضمنون ما هلك بأيديهم منها، ما لم يقيموا البينة على أن هلاكها لم يكن ناشئاً عن تعديهم أو تفريطهم(١).

قال ابن رشد الحفيد موضحاً كون التهمة هي مناط الانتقال عن الأصل: ((وأما تفريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان، ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه))(٢).

ثالثاً: تفريق فقهاء المالكية في قبول قول الأجراء على حمل المتاع بين من يحملون غير الطعام فيصدّقون فيما يدعونه من هلاك المتاع بغير تعديهم وتفريطهم؛ استصحاباً للأصل، وبين من يحملون الطعام فلا يقبل قولهم إلا ببينة؛ لوجود التهمة(٣).

قال القرافي: ((ما هلك بقولهم من الطعام لا يصدقون فيه؛ لقيام التهمة، ولهم الكراء كله؛ لأن شأن الطعام امتداد الأيدي إليه لأنهم استحقوه بالعقد... وما هلك بأيديهم من العروض يصدقون فيه؛ لعدم التهمة))(٤).

---

(١) ينظر: الذخيرة (٥/ ٥٢١)، شرح الخرشي (٥/ ٢٥٦) و (٦/ ١٢٤).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٢٢٤).

(٣) ينظر: الجامع لمسائل المدونة (١٦/ ٩٧)، الشرح الصغير (٤/ ٤٣).

(٤) الفروق (٤/ ٣١).

وقد جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٢١٢ (٨/ ٢٢) مقرراً هذا المبدأ، إذ نص على أنه: ((ينتقل عبء الإثبات في دعوى الخسارة إلى البنك خلافاً للأصل، بشرط وجود قرائن تخالف أصل دعواه بعدم التعدي. ومما يقوي العمل بهذا الأصل: ... ثبوت التهمة على الأمين، والمراد بها: رجحان الظن بعدم صدقه (المضارب) في ادعائه عدم التعدي أو التقصير، إذ إن من المتوقع من المضارب حفظ رؤوس الأموال المستثمرة من الخسارة، وتحقيق الأرباح والمكاسب))(١).

التطبيق القضائي:

الحكم رقم: ٣٤١٨٨٩٧٣، والمصدق من محكمة الاستئناف برقم: ٣٤٢٣٢٣٨٩، ومما جاء في تسبيبه:

((... وبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وحيث أقر المدعي أصالة أنه لم يسلم المدعى عليها سوى مبلغ قدره (٢٨٠,٠٠٠) مائتان وثمانون ألف ريال بموجب الشيك المشار إليه بالدعوى، وحيث صادقت المدعى عليها على صدور هذا الشيك من قبلها إلا أنها ادعت الخسارة، ولا بينة لها على ذلك. وبالاطلاع على الصك المشار إليه... والمصدق من محكمة الاستئناف بمكة المكرمة، والمتضمن إثبات ناظر القضية إدانة المدعى عليها بالاحتيال على بعض المواطنين، من خلال توظيف أموالهم لتداولها بسوق الأسهم ودفع عمولات وأرباح وهمية لهم لحملهم على إيداع أموالهم لديها بدون ترخيص، والتسبب في ضياعها وتبديدها بدون وجه حق؛ فنظراً إلى ما دوّن، ونظراً لمصادقة المدعى عليها على

---

(١) موقع المجمع: http://www.iifa-aifi.org/3996.html. وينظر: المعايير الشرعية (ص ١٣١٩).

استلامها للمبلغ المدعى به من المدعي أصالة لقصد المتاجرة، ولعدم وجود بينة لها على ما دفعت به من الخسارة، ونظراً لما جاء في القرار الشرعي... والمؤيد من محكمة الاستئناف بثبوت إدانتها بالنصب والاحتيال وخروجها عن قصد المتاجرة، وهذا يجعلها ضامنة للمبلغ... وعليه فقد حكمت على المدعى عليها بدفع مبلغ قدره (٢٨٠,٠٠٠) مائتان وثمانون ألف ريال للمدعي)).

التعليق على الحكم:

بالنظر في تسبيب الحكم يتضح أن فضيلة ناظر القضية لم يُعمل الأصل في عقد المضاربة، والمقتضي تصديق المضارِبة في قولها بخسارة مال المضاربة في تجارة الأسهم دون تعدٍ أو تفريط منها؛ لأن ظاهر حال المضارِبة عدم صدقها بدليل وجود سوابق نصب واحتيال بأموال الناس ثابتة عليها بموجب قرار شرعي، لذا فقد أعمل القاضي هذا الظاهر واعتبرها غير مصدقة في دعواها الخسارة؛ لأن سوابق النصب والاحتيال قرينة موجبة للتهمة والارتياب في قول المضارِبة حتى تُثبت خلاف ذلك بالبينة، وجعلها مدعية مطالبة بعبء الإثبات، فلما عجزت عن ذلك حكم عليها بضمان مال المضاربة.

وما تضمنه هذا الحكم يوافق ما تقدم تقريره من أن قيام التهمة في حق المضارب موجب لعدم تصديق قوله، وتكليفه بعبء الإثبات.

المطلب الثاني: مخالفة العرف والعادة:

العادة هي الأمر المتكرر، والعرف هو عادة جمهور قوم في قول أو فعل(١).

فإذا تقرر أن الظاهر ما يدل عليه الحال، فإن (الحال) كلمة عامة تشمل كل ما يصاحب حياة الإنسان، فتشمل كل العوائد والأعراف التي تتشكل منها حياة الناس وتؤثر في تصرفاتهم، ومن ثم فإن العرف والعادة يعدان أهم مصادر معرفة الظاهر، وما خالفهما فهو خلاف الظاهر(٢)، و((الظاهر شاهد لمن يوافق العرف قوله، والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه))(٣).

وقد جاءت الشريعة باعتبار العادة والعرف مرجعاً لتحقيق مناط الأحكام التي تختلف باختلاف عادات الناس وأعرافهم، كما قال تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣]، وقال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٤١]، وقال تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:٦].

وقبول قول المضارب بنفي سبب الضمان عن نفسه وتصديقه في ذلك مقيّد بعدم مخالفته للعرف والعادة المطردة في حال التجارة التي يتعامل بها، فإن خالفهما - بدعواه وقوع التلف أو الخسارة على وجه يكذبه العرف والعادة - فإن الظاهر حينئذٍ عدم صدقه في قوله، فننتقل عن حكم الأصل إلى الظاهر، ويصير المضارب مدعياً مطالباً بعبء الإثبات.

---

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٧٢).

(٢) ينظر: الأصل والظاهر للرشيد (ص ٢٦٦).

(٣) المبسوط (١٦/ ٥٣).

قال ابن شاس: ((ومن ترجح جانبه بشيء من ذلك فهو المدعى عليه. فإذا ادعى أحدهما ما يخالف العرف، وادعى الآخر ما يوافقه، فالأول المدعي))[١].

وقال العز ابن عبد السلام: ((والقاعدة في الأخبار من الدعاوى والشهادات والأقارير وغيرها: أن ما كذبه العقل أو جوزه وأحالته العادة فهو مردود، وأما ما أبعدته العادة من غير إحالة فله رتب في البعد والقرب قد يختلف فيها، فما كان أبعد وقوعاً فهو أولى بالرد، وما كان أقرب وقوعاً فهو أولى بالقبول، وبينهما رتب متفاوتة))[٢].

وقال الزركشي: ((لا تطرد العادة بمخالفة الأصل، فإن اطردت عادة... قدمت على الأصل قطعاً))[٣].

وقال ابن سعدي: ((فالقول قول الأمين إلا إذا خالف المعتاد وكذبه الحس؛ لأن كل دعوى يكذبها الحس فقول مدعيها غير مقبول))[٤].

ومما تقدم من أقوال هؤلاء الفقهاء يتبين أن العرف والعادة مصدران معتبران، ووظيفتهما في هذا السياق تمييز صدق قول المضارب من كذبه، وينبني على ذلك تحديد من يوافق قوله الظاهر فيكون مدعىً عليه، ومن يخالف قوله الظاهر فيكون مدعياً مطالباً بعبء الإثبات [٥].

---

(١) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٠٧٥).

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ١٢٥).

(٣) المنثور في القواعد الفقهية (١/ ٣١٢).

(٤) القواعد والأصول الجامعة (ص٦٠).

(٥) جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٢١٢ (٨/ ٢٢): ((ينتقل عبء الإثبات في دعوى الخسارة إلى البنك خلافاً للأصل، بشرط وجود قرائن تخالف أصل دعواه بعدم التعدي. ومما يقوي =



التطبيق القضائي:

الحكم رقم: ٣٧٦/ د/ تج/ ٢٧ لعام ١٤٢٩هـ، والمصدق من محكمة الاستئناف برقم: ٩٨٩/ إس/ ٧ لعام ١٤٣١هـ، ومما جاء في تسبيبه:

((وحيث إن المدعية قصرت دعواها على المطالبة بإلزام المدعى عليه بأن يعيد لها رأس مالها المقدر بثلاثمائة وخمسة وسبعين ألف ريال (٣٧٥,٠٠٠)، والذي تذكر أنها سلمته للمدعى عليه ليستثمره في صناعة البخور والعطورات والمخلطات، وحيث أقر المدعى عليه بصحة عقد الشراكة المبرم مع المدعية، واستلام المبلغ المقدر بثلاثمائة وخمسة وسبعين ألف ريال، لاستثماره في صناعة البخور والعطورات والمخلطات، وحيث أقر المدعى عليه بأنه لم يسلم المدعية أي مبلغ سواء كان من الأرباح أم رأس المال، وحيث ادعى المدعى عليه بخسارته لكامل رأس المال المسلم له، وحيث إن ما ادعاه المدعى عليه من أسباب لخسارته حاصلها أن المدعية لم تف بتمويل باقي المشروع حسب الاتفاق، وأنه تم صرف مبالغ لشراء العطور وزجاج وكرتون للعطور، إضافة إلى ضعف جهده بسبب

= العمل بهذا الأصل: أ. إذا جرى عرف الناس بعدم قبول قول المضارب (البنك) حتى يقيم البينة على صدق ادعائه بعدم التعدي أو التقصير...)). وظاهر القرار: أن العرف حاكم في تحديد المدعي من المدعى عليه في دعاوى التعدي والتفريط. ويبدو للباحث أن هذا الإطلاق محل نظر؛ لأن دور العرف محصور في تحديد أقوى المتداعيين قولاً في كل صورة على حدة، وليس دور العرف بناء قاعدة عامة في ذلك؛ فإن جعل البينة في جانب أضعف المتداعيين واليمين في جانب الأقوى حكم شرعي ثابت لا يتغير بتغير الأعراف، ولا يتصور أن يكون جانب رب المال أقوى في كل الصور؛ ثم إن جعل القول قول رب المال في جميع الوقائع - حتى ما انتفت فيه التهمة عن المضارب مع تعذر إقامة البينة عليه - يلزم منه تضمين المضارب مطلقاً، وهو أمر محرم يوقع في ربا الدين والغرر وربح ما لم يضمن، وغيرها من المناهي الشرعية.

مرض السكر، وأن العمل أصبح بطيئاً، وعدم متابعة العملاء كما يجب، وهذه لا يمكن اعتبارها أسباباً واقعية يمكن الاعتماد عليها في تبرير خسارته، ونفي مسؤولية الضمان - المبنية على التعدي والتفريط - عنه؛ إذ لم يقدم المدعى عليه ما يثبت أن المدعية لم تف بالتزاماتها أو أنه طلب منها زيادة تمويل المشروع، كما أن صرف مبالغ على العطورات وزجاج وكرتون للعطور لا يمكن اعتباره سبباً للخسارة، إذ هو من ضمن العمل المتفق عليه بين الطرفين ومن متممات المشروع، كما أن عدم متابعة العملاء كما يجب والبطء في العمل وضعف الجهد لا تعدو أن تكون تفريطاً واضحاً من المدعى عليه تسبب في خسارته لرأس المال، لاسيما وأنه شريك للمدعية بعمله ولديه خبرة ثمانية عشر سنة في تجارة العطورات -كما ذكر- ، فلم يبين سبباً معقولاً لخسارة جميع رأس المال في تجارة رائجة له فيها خبرة ثمانِ عشرة سنة ومعرفة بالسوق، فلا يعقل أن يخسر مثله جميع رأس المال -والحالة هذه- بمثل هذه الأسباب التي ذكر، وأما ما ذكره المدعى عليه من أسباب للخسارة فلا يرقى إلى درجة القناعة بحصول خسارة فضلاً عن خسارة جميع رأس المال، مما ترى معه الدائرة عدم جدية هذا الدفع وأنه مناف للحس وجدير بالإهدار، ولو كان يدعي بحصول بعض الخسارة لأمكن محاسبته ومناقشته، أما وهو يدعي خسارة جميع رأس المال من دون سبب معقول فإن هذا الدفع يكذبه العقل ويتنافى مع المنطق، ومن المعلوم أن من شروط صحة الدعوى أن يكون دفعها بأمر ممكن عقلاً وإلا كان مطرحاً، وحيث إنه لما كان الأمر كذلك، وكانت يد المضارب -المدعى عليه- يد أمانة ولا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط، والضمان منوط بالتعدي والتفريط... وحيث ثبت للدائرة مما سبق بيانه تفريط المدعى عليه

في المال المسلم له من المدعية والذي أدى إلى خسارته، فإن الدائرة تنتهي إلى الحكم بإلزام المدعى عليه بأن يعيد للمدعية رأس مالها المسلم له)).

التعليق على الحكم:

بالنظر في تسبيب الدائرة للحكم يتبين أن الدائرة لم تستصحب الأصل في المضارب، وهو تصديق قوله بحصول الخسارة دون تعديه أو تفريطه في مال المضاربة.

وسبب عدول الدائرة عن هذا الأصل هو مخالفة قول المضارب للعادة؛ إذ لا يتصور عادة أن تحصل خسارة جميع المال في تجارة رائجة مع انتظام سوقها وطول خبرة المضارب فيها، إلا بحصول تعدٍ أو تفريط من المضارب.

وقد تضمن هذا الحكم إعمال ما تقدم تقريره من أن مخالفة العادة المطردة قرينة توجب الارتياب في قول المضارب والتوقف في قبوله حتى يقيم عليه بينة معتبرة، وأن ذلك موجب لجعله مدعياً مطالباً بالإثبات. فلما عجز المضارب عن إثبات ما يدعيه بالبينة حكمت الدائرة عليه بضمان رأس مال المضاربة.

المطلب الثالث: إمكانية إقامة البينة:

تقدم في المبحث الثاني أن من تعليلات الفقهاء لتصديق المضارب وقبول قوله بنفي التعدي والتفريط: أن كثيراً من الوقائع التي ينشأ عنها ثبوت الضمان أو انتفائه يتعذر على المضارب إقامة البينة عليها، فلا يكلف إثبات ما يتعذر إثباته.

ومفهوم هذا التعليل: أن ما يمكن إقامة البينة عليه لنفي سبب الضمان عن المضارب يكلف المضارب بعبء إثباته، وقد جاء في كلام بعض فقهاء الشافعية والحنابلة التصريح بهذا المفهوم.

قال الشيرازي: ((وإن ادعى أنها تلفت نظرت، فإن ادعى التلف بسبب ظاهر كالنهب والحريق لم يقبل حتى يقيم البينة على وجود النهب والحريق؛ لأن الأصل أن لا نهب ولا حريق ويمكن إقامة البينة عليها، فلم يقبل قوله من غير بينة، فإن أقام البينة على ذلك أو ادعى الهلاك بسبب يخفى فالقول قوله مع اليمين أنها هلكت؛ لأن الهلاك يتعذر إقامة البينة عليه فقبل قوله مع يمينه))(١).

وقال ابن قدامة: ((إذا اختلف الوكيل والموكل... في التلف، فيقول الوكيل تلف مالك في يدي، أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي، فيكذبه الموكل، فالقول قول الوكيل مع يمينه؛ لأنه أمين، وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه، فلا يكلف ذلك كالمودع. وكذلك كل من كان في يده شيء لغيره على سبيل الأمانة، كالأب، والوصي، وأمين الحاكم، والمودع، والشريك، والمضارب، والمرتهن، والمستأجر، والأجير المشترك، وإنما كان كذلك؛ لأنه لو كلف ذلك مع تعذره عليه، لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع الحاجة إليها، فيلحقهم

---

(١) المهذب في فقه الشافعي (٢/ ١٨٦). وينظر: أسنى المطالب (٢/ ٢٥٨).



الضرر. قال القاضي: إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر، كالحريق والنهب وشبههما، فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية، ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك. وهذا قول الشافعي؛ لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى، فلا تتعذر إقامة البينة عليه))(١).

ولعل الفقهاء عدوا الامتناع عن إقامة البينة - مع تيسرها- قرينة على عدم صدق المضارب في دعواه، فيكلف عبء إثبات ما يدعيه.

والمشاهد أن كثيراً من دعاوى الخسارة في عقود المضاربة المعاصرة يتيسر فيها إقامة البينة على عدم التعدي والتفريط، وفقاً لطبيعة التوثيق والقيود في العمليات الاستثمارية التي تقتضيها الأنظمة والأعراف التجارية المعاصرة، ومن ثم فإن المضارب حين ادعائه الخسارة فيها - دون تعدٍ أو تفريط منه – فإنه يطالب بإقامة البينة على ما يدعيه.

التطبيق القضائي:

الحكم رقم: ٣٩٧/ د/ تج/ ٣ لعام ١٤٢٩هـ، والمصدق من محكمة الاستئناف برقم: ١٠١٣/ إس/ ٧ لعام ١٤٣١هـ، ومما جاء في تسبيبه:

((وبعد سماع الدعوى والاطلاع على أوراق القضية ومستنداتها، تبين أن المدعي يهدف من إقامة هذه الدعوى إلى إلزام المدعى عليه بإعادة ما تبقى من رأس المال الذي دفعه له من أجل المضاربة به في الأسهم السعودية، وقدره خمسون ألف ريال (٥٠,٠٠٠)... أما بخصوص الموضوع فحيث إن القدر الثابت لدى

(١) المغني (٥/ ٧٥). وينظر: شرح الزركشي (٤/ ١٤٣)، مطالب أولي النهى (٣/ ٤٨٦).

الدائرة من خلال الاتفاقية الموقعة بين طرفي الدعوى ومن خلال ما دار في أثناء المرافعة أن المدعي قد دفع للمدعى عليه مبلغ مائتي ألف ريال (٢٠٠,٠٠٠) للمضاربة بها في الأسهم السعودية على أن يستحق المدعى عليه (٣٥٪) من الأرباح و(٦٥٪) للمدعي.

وحيث أقر المدعي بأن المدعى عليه دفع له بعض المبالغ وأن المتبقي في ذمة المدعى عليه مبلغ خمسين ألف ريال... كما لا يغير من الأمر ما يرد على ذلك من القول بأن المضارب مؤتمن فيقبل قوله بيمينه؛ إذ إن ذلك مع تعذر إمكانية الإثبات، وحيث إن المضاربة في الأسهم ومن الممكن للخاسر إثبات الخسارة – لو كانت هناك خسارة فعلاً – عن طريق البنك.

وحيث لم يقدم المدعى عليه ما يثبت هذا الادعاء... لذلك حكمت الدائرة: بإلزام المدعى عليه (.... .) أن يدفع للمدعي (.... .) مبلغاً قدره (٥٠,٠٠٠) خمسون ألف ريال، وذلك لما هو موضح بالأسباب)).

التعليق على الحكم:

تضمن هذا الحكم تضمين المضارب لمال المضاربة وعدم تصديقه في ادعاء الخسارة دون تعدٍ أو تفريط منه؛ لأن حصول الخسارة – دون تعدٍ أو تفريط – في تجارة الأسهم مما يمكن إقامة البينة عليه من خلال القيود المحاسبية. وامتناع المضارب عن تقديم البينة – مع تيسر إقامتها – قرينة موجبة للريبة في كلامه، ومن ثم جعله مدعياً مطالباً بالإثبات، وعدم تصديق دعواه إلا بعد إقامة البينة على صحة ما يدعيه في مال المضاربة.

وهذا التسبيب موافق لما تقدم نقله من كلام الفقهاء بأن المضارب لا يقبل قوله فيما تتيسر إقامة البينة عليه، إلا بعد تقديمه البينة على صحة دعواه.

المطلب الرابع: اشتراط تحمل المضارب عبء الإثبات:

شرط ضمان العامل لمال المضاربة مطلقاً باطل باتفاق الفقهاء.

قال ابن قدامة: ((وجملته أنه متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهماً من الوضيعة، فالشرط باطل. لا نعلم فيه خلافاً))(١).

وقد أجاز بعض الفقهاء المعاصرين أن يتفق رب المال مع العامل على أن يكون الضمان على العامل، ما لم يأت ببينة تثبت قيامه بواجباته على وجه ينفي عنه التعدي والتفريط في مال المضاربة (٢).

وعللوا قولهم: بأن المضارب قد أسقط حقه ورضي بذلك على وجه لا يترتب عليه محظور شرعي، ولا يؤول إلى تضمين العامل مطلقاً، وغايته أنه إن أتى بالبينة على عدم تعديه أو تفريطه فلا ضمان عليه، وإن لم يأت بالبينة فعليه الضمان؛ لقيام التهمة، ولكونه مفرطاً بعدم توثيق أسباب التلف والخسارة.

والذي يبدو للباحث صحة هذا الشرط، ما لم يكن ذريعة إلى تضمين العامل مطلقاً، كأن يضمّن العامل في حال حدوث التلف أو الخسارة على وجه يتعذر معه إقامة البينة على عدم حصول التعدي أو التفريط، مع انتفاء التهمة عن العامل؛

(١) المغني (٥/ ٤٩). وينظر: المنتقى شرح الموطأ (٥/ ١٦٤)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٠/ ٨٤).

(٢) ينظر: المعايير الشرعية (ص ١٣١٢)، حماية رأس المال للشبيلي (ص١٢٢).

لأن الأصل في الشروط التي تتضمن مقصوداً معتبراً الصحة واللزوم، لعموم قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»(١).

التطبيق القضائي:

الحكم رقم: ١٨/ د/ تج/ ١٥ لعام ١٤٣١هـ، والمصدق من محكمة الاستئناف برقم: ١٧٠٧/ إس/ ٧ لعام ١٤٣١هـ، ومما جاء في تسبيبه:

((وبعد سماع الدعوى والإجابة، وبعد الاطلاع على أوراق القضية ومستنداتها، وحيث إن دعوى وكيل المدعيين تنحصر في مطالبة المدعى عليه بأن يدفع لموكليه رأس المال الذي دفعاه له وقدره ثمانية وثلاثون مليون ريال (٣٨,٠٠٠,٠٠٠) بموجب الاتفاقية الموقعة بين الطرفين... مع احتفاظه لموكليه بحق المطالبة بالأرباح... وحيث إنه فيما يخص نظر الدعوى موضوعاً، فإنه لما كان وكيل المدعيين يطلب الحكم لموكليه بإعادة رأس المال المدفوع من قبلهما للمدعى عليه من أجل المضاربة به، وحيث إن ما يحكم العلاقة بين الطرفين هي الاتفاقية الموقعة بين الطرفين... والتي بموجبها دفع المدعيان للمدعى عليه مبلغ المطالبة ليضارب به في الشركات والعقار بالشراء والبيع والتأجير ومداولة الأسهم

(١) أخرجه البخاري في صحيحه تعليقاً بصيغة الجزم، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة (٣/ ٩٢)؛ وأخرجه أبو داود موصولاً، كتاب الأقضية، باب في الصلح (٣/ ٣٠٤) رقم (٣٥٩٤)، عن أبي هريرة رضي الله عنه؛ وأخرجه الترمذي، أبواب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس (٣/ ٢٨) رقم (١٣٥٢)، عن عوف المزني رضي الله عنه، وقال: ((هذا حديث حسن صحيح)). وقال ابن تيمية في القواعد النورانية (ص ٢٧٣): ((وهذه الأسانيد - وإن كان الواحد منها ضعيفاً- فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً)). والحديث صححه الألباني في السلسلة الصحيحة (٦/ ٩٩٢) رقم (٢٩١٥).

والصكوك العقارية داخل البلاد وخارجها، على أن تكون الأرباح بينهما مناصفة، كما نصت الاتفاقية بأنه على المدعى عليه تقديم تقرير سنوي وتقارير دورية كلما سنحت الفرصة بذلك.

وحيث إن الدائرة قد كيفت التعامل بينهما على أنه شركة مضاربة، يقوم فيها المدعى عليه بالعمل بمال المدعي والربح بينهما.

وحيث إن المدعى عليه قد خالف نص الاتفاقية الموقعة بينهما، حيث لم يقدم أي تقرير سنوي، أو تقارير دورية، معللاً ذلك بعدم التواصل مع المدعي، في حين أن الاتفاقية قد كلفته بتقديم ما ذكر.

وحيث إن يد المضارب يد أمانة، ويقبل قوله بيمينه، ولا يضمن إلا بتفريطه، وحيث إن المتأمل في واقع العلاقة يجد أن المدعى عليه قد فرط في عدم تقديم التقارير الموضحة لحركة المضاربة مع طول المدة، بالإضافة إلى عدم تقديم ما يثبت خسارته، واستعداده لدفع رأس المال دون أن يتم مطالبته بالأرباح، وعليه فإن الدائرة تذهب إلى إلزام المدعى عليه بدفع رأس المال للمدعي)).

التعليق على الحكم:

تضمن هذا الحكم تضمين المضارب لرأس المال لتفريطه بمال المضاربة، وسببت الدائرة حكمها بأن العقد المبرم بين الأطراف نص على أن المضارب ملزم بتقديم تقرير سنوي وتقارير دورية عن حركة أموال المضاربة. وفحوى هذا الشرط: إلزام المضارب بإثبات كل ما يعرض للمضاربة من ربح وخسارة، ومن ثم فإن عدم التزام المضارب بمضمون هذا الشرط يعد تفريطاً من المضارب أدى بالدائرة إلى عدم تصديق قوله، ومطالبته بعبء إثبات حصول الخسارة على وجه

ينفي الضمان عنه، فلما لم يقدم البينة على قوله حكمت الدائرة بتضمينه رأس مال المضاربة.

وهذا موافق لما تقدم تقريره من صحة ولزوم اشتراط جعل عبء الإثبات على المضارب عند ادعائه حصول الخسارة دون تعدٍ منه أو تفريط.

المطلب الخامس: الإلزام النظامي بتحمل المضارب عبء الإثبات:

المقصود بهذا المطلب أن تلزم الأنظمة التاجر بإثبات جميع عملياته التجارية، وضبطها محاسبياً، واعتبار قيوده المحاسبية حجة له أو عليه في الإثبات، ويترتب على هذا الإلزام النظامي أن المضارب حين يخل بالقيام بهذه الواجبات فإنه يعد متهماً، ومطالباً بعبء إثبات ما يدعيه من قيامه بواجباته على وجه ينفي تعديه أو تفريطه في مال المضاربة.

ومن الأمثلة على ذلك ما تضمنته مواد نظام الدفاتر التجارية الصادر عام ١٤٠٩هـ، والذي نص في مادته الأولى على أنه ((يجب على كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالي بدقة، وبيان ما له من حقوق وما عليه من التزامات متعلقة بتجارته، ويجب أن تكون هذه الدفاتر منتظمة وباللغة العربية)).

ثم بينت المادة العاشرة من النظام أثر تفريط التاجر في مسك الدفاتر، وأن ((للجهة القضائية المختصة عند نظر الدعوى أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم تقديم الدفاتر التجارية لفحص القيود المتعلقة بالموضوع المتنازع فيه واستخلاص ما ترى استخلاصه منها. وللجهة القضائية المختصة عند امتناع التاجر عن تقديم دفاتره أن تعتبر امتناعه بمثابة قرينة على صحة الوقائع

المراد إثباتها بالدفاتر)). وهذه المادة دلت على أن امتناع المضارب عن تقديم ما يثبت قيامه بواجباته على وجه ينفي تعديه أو تفريطه في مال المضاربة - من خلال بيان القيود المحاسبية- قرينة على عدم صدق المضارب في دعواه، مما يجعل جانبه أضعف، فيكون مدعياً مكلفاً بعبء الإثبات.

وهذا الإلزام من باب المصلحة المرسلة التي يقررها ولي الأمر، ولم يتضمن مخالفة شرعية، فيجب الالتزام به [(١)].

ووجه عدم تضمنه مخالفة شرعية: أن غايته إلزام المضارب بتوثيق جميع تصرفاته التجارية على وجه يتبين به عدم تعديه وتفريطه في أموال المضاربة، واعتبار تركه لذلك تفريطاً يستلزم تضمينه أموال المضاربة.

والقول في هذه المسألة كالقول في الشرط الذي تقدم في المطلب السابق؛ لأن إبرام العقد بين المضارب ورب المال مقيد بالأنظمة التي لا تخالف الشريعة، فتصير الشروط النظامية كأنها مضمنة في العقد؛ لأن الشرط النظامي أبلغ من الشرط العرفي، ومن قواعد الشريعة: ((اعتبار العرف في الشروط، وجعل الشرط العرفي كالشرط اللفظي، والاكتفاء في العقود المطلقة بما يعرفه الناس))[(٢)].

---

(١) ينظر: المعايير الشرعية (ص ١٣١٩).

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٠/ ٢٣٠). وينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٨٤).

التطبيق القضائي:

الحكم رقم: ٣٠/ د/ تج/ ٣/ ٢ لعام ١٤٣٣هـ، والمصدق من محكمة الاستئناف برقم: ١٣١/ ٢/ ١٤٣٣هـ، ومما جاء في تسبيبه:

((... وحيث إن الأنظمة التجارية ألزمت التاجر بمسك الدفاتر التجارية... ؛ لأن الدفاتر التجارية المنتظمة تعد بمنزلة مرآة لحياة التاجر يستطيع من خلالها تحديد مركزه المالي، وحيث إن الشارع والنظام قد مكنا التاجر من إثبات التصرفات بكافة طرق الإثبات، فإنه من ناحية أخرى فإن العرف والنظام ألزما التاجر بأن يقوم بتدوين جميع عملياته بانتظام في دفاتره حتى يمكن الإفادة في الإثبات من واقع هذه الدفاتر سواء لصالح التاجر ذاته أو لغيره، ولهذا إذا خسر التاجر في تجارته فإنه لا يعفيه من تحمل الخسارة أمام الآخرين إلا إذا أثبت حسن نيته، وأن خسارته كانت نتيجة لظروف طارئة، ولا يستطيع التاجر عادة إثبات حسن نيته إلا عن طريق دفاتره المنتظمة فيستعين بها في إيضاح موقفه... وحيث ثبت على ضوء ما سبق، ومن تقرير الخبير أن المدعى عليه أخل بواجباته كمضارب ملزم بأن يبذل من العناية في إدارة الشركة القدر الذي يبذله في إدارة مصالحه الشخصية، ولم يلتزم بالشروط التي فرضها صاحب المال عليه، ولم يلتزم أيضاً بالأنظمة والأعراف التجارية من ضرورة أن تكون الميزانيات والحسابات منتظمة ومتفقة مع الواقع، واضطرابه أيضاً في تحديد أسباب الخسارة... الذي تنتهي معه الدائرة إلى إلزام المدعي عليه بإعادة رأس مال ورثة المدعي البالغ قدره (١,٠٠٠,٠٠٠) مليون ريال، ورفض دعواه بطلب إلزام الورثة بتحمل كامل الخسائر التي لحقت بالمضاربة)).



التعليق على الحكم:

تضمن هذا الحكم تضمين المضارب لرأس المال، وعدم تصديق قوله في نفي تعديه وتفريطه في مال الشركة، ومن ثم جعله مدعياً مطالباً بالإثبات. وسببت الدائرة حكمها بأن الأنظمة التجارية ألزمت التاجر بأن يقوم بتدوين جميع عملياته بانتظام في دفاتره حتى يمكن الإفادة في الإثبات من واقع هذه الدفاتر سواء لصالح التاجر ذاته أو لغيره عند حصول الربح أو الخسارة، وأن مقتضى هذا الإلزام النظامي أن يكون المضارب مطالباً بعبء الإثبات من خلال دفاتره المنتظمة التي يستعين بها في إيضاح موقفه. ومن ثم حكمت الدائرة على المضارب بضمان رأس المال؛ لعدم تقديمه البينة على حصول الخسارة دون تعديه أو تفريطه.

الخاتمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:

فقد تناولت في هذا البحث (**عبء الإثبات في دعوى تضمين المضارب وتطبيقاته القضائية**). والمقصود به: بيان من يتحمل عبء الإثبات عند نشوء النزاع بين رب المال والمضارب في تحمل ضمان مال المضاربة عند تلفه أو خسارته، هل هو رب المال فيكلف بإقامة البينة على فعل المضارب ما يستوجب ضمانه لمال المضاربة، أو المضارب فيكلف بإقامة البينة على إثبات ما يدعيه من أمور يترتب على ثبوتها دفع الضمان عن نفسه.

وتوصلت بعد البحث إلى النتائج التالية:

(١) الأصل في المضارب أنه أمين على ما تحت يده من أموال المضاربة. ويترتب على وصف المضارب بالأمانة أثران: الأول: أنه لا يضمن أموال المضاربة ما لم يتعد أو يفرط فيها، والثاني: أن الأصل هو قبول قول المضارب في نفي سبب الضمان عن نفسه.

(٢) الأصل المستصحب في دعاوى تضمين المضارب هو تصديق قول المضارب في عدم تعديه وتفريطه مما يترتب عليه عدم تضمينه مال المضاربة، إلا أن هذا الأصل ربما يعرض له في بعض الأحوال ظاهرٌ يضعف قول المضارب في نفي سبب الضمان عنه، ويقوي جانب المدعي وهو رب المال، فينقلب المضارب مدعياً، ورب المال مدعىً عليه.



(٣) من الصور الاستثنائية والتي يطالب فيها المضارب بعبء إثبات قيامه بواجباته على وجه ينفي حصول التعدي أو التفريط منه في مال المضاربة: التهمة، ومخالفة العرف والعادة، وإمكانية إقامة البينة، واشتراط تحمل المضارب عبء الإثبات، والإلزام النظامي بتحمل المضارب عبء الإثبات.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

قائمة المصادر والمراجع

(١) **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار**: أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر المالكي، تحقيق: عبدالمعطي أمين قلعجي، دار قتيبة، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.

(٢) **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**: أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي، دار الكتاب الإسلامي.

(٣) **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**: زين العابدين إبراهيم بن نجيم الحنفي، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

(٤) **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية**: جلال الدين عبدالرحمن السيوطي الشافعي، تحقيق: محمد محمد تامر وحافظ عاشور، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

(٥) **الأصل والظاهر**: د. أحمد بن عبد الرحمن الرشيد، دار التدمرية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.

(٦) **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، تحقيق: خالد العطار، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥ هـ.

(٧) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.

(٨) **البيان في مذهب الإمام الشافعي**: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني الشافعي، تحقيق: قاسم النوري، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

(٩) **تاج العروس من جواهر القاموس**: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني (المرتضى الزَّبيدي)، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، الكويت.

(١٠) **التاج والإكليل شرح مختصر خليل**: أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.

(١١) **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**: إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون المالكي، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.

(١٢) **تقرير القواعد وتحرير الفوائد (قواعد ابن رجب)**: الحافظ زين الدين عبدالرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، تحقيق: مشهور آل سلمان، دار ابن عفان، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

(١٣) **تهذيب الأسماء واللغات**: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، دار الكتب العلمية، بيروت.

(١٤) **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم**: الحافظ زين الدين أبو الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة، ١٤٢٢هـ.

(١٥) **الجامع الكبير**: الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، سنة النشر: ١٩٩٨م.

(١٦) **الجامع لأحكام القرآن والمبيّن لما تضمنه من السنة وآي الفرقان**: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ.

(١٧) **الجامع لمسائل المدونة**: أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي المالكي، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ.

(١٨) **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**: أبو الحسن علي بن محمد الماوردي الشافعي، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ.

(١٩) **حماية رأس المال**: د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثمانون، ١٤٢٩هـ.

(٢٠) **شرح تنوير الأبصار وجامع البحار**: علاء الدين الحصكفي الحنفي، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

(٢١) **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**: علي حيدر الحنفي، دار الجيل، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.

(٢٢) **الذخيرة**: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (القرافي) المالكي، تحقيق: محمد حجي وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

(٢٣) **روضة الطالبين وعمدة المفتين**: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي الشافعي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.

(٢٤) **سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها**: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

(٢٥) **سنن الدارقطني**: أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ.

(٢٦) **السنن الكبرى**: الحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، ١٤١٤هـ.

(٢٧) **السنن**: الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت.

(٢٨) **شرح الخرشي على مختصر خليل**: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، دار الفكر، بيروت.

(٢٩) **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي، تحقيق: د. عبدالله بن عبد الرحمن الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.

(٣٠) **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**: أبو البركات أحمد بن محمد الدردير المالكي، تحقيق: د مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة.

(٣١) **شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى)**: منصور بن يونس البهوتى الحنبلي، دار عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.

(٣٢) **الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)**: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد بن عبدالغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧ هـ.

(٣٣) **صحيح البخاري المسمى الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه**: الإمام أبوعبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

(٣٤) **صحيح مسلم**: الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(٣٥) **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**: شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم، تحقيق: د. نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨ هـ.

(٣٦) **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**: جلال الدين عبدالله بن نجم بن شاس المالكي، تحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ هـ.

(٣٧) **فتاوى الرملي**: أحمد بن حمزة الأنصاري الرملي الشافعي، جمعها: ابنه محمد، المكتبة الإسلامية.

(٣٨) **الفروق**: أحمد بن إدريس القرافي المالكي، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ.



(٣٩) **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الملقب بسلطان العلماء، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٤١٤هـ.

(٤٠) **القواعد النورانية الفقهية**: شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، حققه وخرج أحاديثه: د. أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

(٤١) **القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة**: الشيخ عبدالرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق: د. خالد بن علي المشيقح، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

(٤٢) **الكافي في فقه أهل المدينة**: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي المالكي، تحقيق: محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ.

(٤٣) **كشاف القناع عن متن الإقناع**: منصور بن يونس البهوتى الحنبلي، تحقيق: هلال مصيلحي، دار الكتب العلمية.

(٤٤) **كفاية النبيه في شرح التنبيه**: أبو العباس نجم الدين أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، المعروف بابن الرفعة الشافعي، تحقيق: مجدي بن محمد باسلوم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

(٤٥) **المبدع في شرح المقنع**: برهان الدين إبراهيم ابن مفلح الحنبلي، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ.

(٤٦) **المبسوط**: أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي الحنفي، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ.

(٤٧) **مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية**: جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم بمساعدة ابنه محمد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية.

(٤٨) **المدخل الفقهي العام**: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ.

(٤٩) **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**: مصطفى السيوطي الرحيبانى الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ.

(٥٠) **المطلع على ألفاظ المقنع**: شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، تحقيق: محمود الأرناؤوط وياسين بن محمود الخطيب، مكتبة السوادي، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

(٥١) **المعايير الشرعية**: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة، ١٤٣٧هـ.

(٥٢) **المغني**: أبو محمد موفق الدين (ابن قدامة المقدسي) الحنبلي، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ.

(٥٣) **مقاييس اللغة**: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.

(٥٤) **المنتقى شرح الموطأ**: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٣٢ هـ.



(٥٥) **المنثور في القواعد**: بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي، تحقيق: د. تيسير فائق، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.

(٥٦) **منح الجليل شرح مختصر خليل**: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ.

(٥٧) **المهذب**: أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي الشافعي، دار الكتب العلمية.

(٥٨) **الموسوعة الفقهية الكويتية**: صادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، (١٤٠٤ - ١٤٢٧ ه).

(٥٩) **نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة في الاستثمار إلى الأمناء**: د. نزيه حماد، بحث مقدم لمؤتمر شورى الفقهي الثالث، المقام في دولة الكويت، عام ٢٠٠٩م.

(٦٠) **نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة في الاستثمار إلى الأمناء**: الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع، بحث مقدم لمؤتمر شورى الفقهي الثالث، المقام في دولة الكويت، عام ٢٠٠٩م.

(٦١) **نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة في الاستثمار إلى الأمناء**: د. حسين حامد حسان، بحث مقدم لمؤتمر شورى الفقهي الثالث، المقام في دولة الكويت، عام ٢٠٠٩م.

(٦٢) **نهاية المطلب في دراية المذهب**: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني الشافعي، تحقيق: عبد العظيم بن محمود الدّيب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.

(٦٣) **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية**: د. محمد الزحيلي، دار البيان، دمشق، ١٤٠٢هـ .


قضاء
الجمعية العلمية القضائية السعودية